



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10166.723956/2011-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-001.805 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente ANDATA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008

Ementa:

AUTO DE INFRAÇÃO. PROCEDIMENTO DECORRENTE DE AUTO IRPJ/CSLL. COMPETÊNCIA. PRIMEIRA SEÇÃO.

Compete à Primeira Seção do CARF o julgamento de recurso voluntário relativo a procedimento decorrente de fatos cuja apuração tenha servido para configuração da prática de infração à legislação do IRPJ (art. 2º, IV do RICARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não tomar conhecimento do recurso, declinando-se da competência de julgamento à Primeira Seção do CARF.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Rosaldo Trevisan - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Robson José Bayerl, Marcos Tranchesi Ortiz, Ivan Allegretti e Domingos de Sá Filho.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 07/11/2012 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 13/11/2012 por

ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 07/11/2012 por ROSALDO TREVISAN

Impresso em 04/11/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Versa o presente processo sobre Auto de Infração para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, insuficientemente recolhida nos anos-calendário 2007 e 2008, acrescida de multa de ofício e juros de mora.

O Auto de Infração (fls.¹ 2 a 14) foi lavrado em 12/07/2011 com base em Termo de Verificação Fiscal (fls. 17 a 19) no qual sustenta a autoridade administrativa que:

- a) o contribuinte apresentou declarações referentes aos anos-calendário 2007 e 2008 optando indevidamente pelo lucro presumido, pois tendo auferido nos dois exercícios receita operacional bruta superior a R\$ 48 milhões, estaria obrigado a apurar o imposto de renda pelo regime do lucro real (art. 46 da Lei nº 10.637/2002);
- b) tendo em vista a apresentação pela empresa fiscalizada da escrituração contábil com observância das leis comerciais e fiscais nos anos em questão, a fiscalização efetuou o lançamento dos valores do IRPJ e CSLL pelo regime do lucro real, compensando os valores declarados em DCTF; e
- c) a fiscalização efetuou o lançamento da contribuição para o PIS e da Cofins (este sob análise nos presentes autos) com base nos respectivos registros contábeis, bem como nas planilhas elaboradas pelo contribuinte, tendo sido também tomados em conta os valores declarados em DCTF.

Cientificada da autuação em 13/07/2011 (fls. 13), a recorrente apresenta impugnação (fls. 121 a 142) em 12/08/2011, solicitando, preliminarmente, que as impugnações aos autos de infração referentes ao IRPJ, à CSLL, à contribuição para o PIS e à Cofins sejam analisados conjuntamente, e argumentando que:

- a) é nulo o lançamento por se basear em dados bancários do contribuinte obtidos sem a devida autorização judicial;
- b) houve inobservância ao princípio contábil da competência, pois o fisco apurou o IRPJ e a CSLL devidos com base no lucro real considerando a receita operacional bruta, deduzindo apenas os valores informados em DCTF, sem o cômputo dos custos e despesas registrados nos livros e documentos apresentados durante a fiscalização, contrariando o disposto no art. 276 do RIR/99, o art. 142 do CTN e art. 24 da Lei nº 9.249/95;
- c) no caso de o fisco desconsiderar a escrituração contábil do contribuinte, deveria proceder ao arbitramento do lucro para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, conforme o disposto nos artigos 148 do CTN, e 530 e 532 do RIR/99;
- d) lavrada a autuação sem observância das corretas bases de cálculo, houve ofensa aos artigos 44, 97, I e IV e 142 do CTN,

¹Toda numeração de folhas indicada nesta decisão se refere à paginação eletrônica no "e-processos".

e aos artigos 153, III, 195, I, “c” e 150, I da Constituição Federal;

- e) com relação à contribuição para o PIS e à Cofins, padecem de nulidade os lançamentos por erro na apuração da base de cálculo, mais precisamente na delimitação das receitas tributáveis;
- f) é submetida ao regime cumulativo de apuração das contribuições, cuja base de cálculo é o faturamento e que, atuando no ramo de supermercado, comercializa diversos produtos sujeitos à incidência monofásica das referidas contribuições (cujas alíquotas são zero nas vendas efetuadas pelos varejistas) e uma série de outros produtos que não sofrem a incidência das contribuições (seja por isenção, alíquota zero, substituição tributária ou suspensão da incidência), enumerando os produtos cuja venda não ensejaria o pagamento das contribuições; e
- g) em respeito ao princípio da verdade material e em atenção às especificidades desse segmento empresarial, deveria ter sido intimada a apresentar as informações contábeis com a devida segregação das receitas não tributáveis, e que não se pode argumentar que a autuação decorreu das informações prestadas pelo contribuinte, pois do fato de terem sido prestadas informações incorretas pela empresa não se impõe a exigibilidade das contribuições sobre receitas não tributadas.

A decisão de primeira instância (fls. 160 a 168), proferida em 23/09/2011, julgou improcedente a impugnação e manteve a exigência do crédito tributário. Em síntese, acordou-se que:

- a) as impugnações seriam apreciadas em conjunto, sendo os acórdãos e votos proferidos nos processos correspondentes a cada um dos tributos, no que passou-se à análise dos argumentos referentes à Cofins (tributo objeto do presente processo);
- b) o auto de infração atende a todos os requisitos legais, não existindo violação ao princípio da legalidade ou a outros dispositivos enumerados pelo contribuinte, tendo sido oferecido à autuada o exercício do contraditório e da ampla defesa no momento processual propício;
- c) não houve quebra de sigilo bancário sem ordem judicial, uma vez que a autuação foi fundamentada na escrituração da empresa e não em informações bancárias, e que o agente fiscal sequer precisou recorrer às instituições financeiras para ter acesso à movimentação financeira da empresa, pois o próprio contribuinte lhe apresentou os extratos solicitados;

- d) contrariamente ao alegado pela contribuinte (de que está sujeita ao regime cumulativo de apuração), verificou-se que a empresa, em 24/06/2011 apresentou, em atendimento à intimação fiscal, os Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais - DACON, relativos aos anos-calendário de 2007 e 2008, com informações referentes ao regime não-cumulativo, bem como planilhas com bases de cálculo e apuração das contribuições consoante essa mesma sistemática;
- e) as contribuições não foram calculadas sobre a totalidade da receita bruta auferida, tendo sido considerados na autuação os demonstrativos e planilhas apresentados pela própria empresa, onde consta o montante passível de exclusão da base de cálculo, inclusive o relativo à comercialização de produtos sujeitos à incidência monofásica da Cofins e de produtos que não sofrem a incidência dessa contribuição (sob o título de “Vendas Isentas de PIS/Cofins”); e
- f) diante da alegação de erro nas apurações e informações fornecidas, torna-se necessário que a contribuinte apresente provas do equívoco cometido, o que não ocorreu, tendo sido no curso da ação fiscal apresentadas provas de que houve falta de pagamento de tributos devidos, com base nas declarações transmitidas à RFB e na escrituração apresentada pela própria empresa.

Cientificada da decisão em 17/11/2011 (AR às fls. 176), a recorrente apresenta, em 15/12/2011, Recurso Voluntário (fls. 177 a 186), no qual pede, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do lançamento efetuado com base em informações obtidas mediante a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial (art. 5º, XII, da Constituição Federal), e, no mérito, a improcedência do lançamento, ao menos em parte, por vício material, ou a conversão do julgamento em diligência para se apurar as verdadeiras receitas tributáveis, reiterando as argumentações anteriormente externadas e adicionando que o lançamento é improcedente com relação ao ano-calendário de 2007, pois o lançamento principal (referente ao IRPJ e à CSLL), alicerçado nos mesmos fundamentos fáticos do lançamento decorrente (omissão de receitas), foi julgado improcedente com relação ao citado período.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

A matéria contenciosa restringe-se a: (a) preliminar de nulidade por possível quebra de sigilo bancário sem autorização legal; (b) possível afetação do presente processo pelo resultado do julgamento de processo de IRPJ/CSLL, que tem na origem a mesma base fática; e (c) possível erro na quantificação das receitas tributáveis.

Analisar-se-á aqui, inicialmente, o segundo tópico, pois nele paira discussão sobre a própria competência desta 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção para o trato da matéria.

A presente autuação, assim como as autuações tratadas no processo nº 10166.723955/2011-61 (referente a PIS)², e no processo nº 10166.723952/2011-27 (referente a IRPJ e CSLL)³ decorrem de um mesmo procedimento de fiscalização, amparado pelo MPF nº 0110100.2010.00768-4.

Em decorrência, sustenta a recorrente que, por haver relação de causa e efeito entre os lançamentos, há que se decidir em relação ao lançamento em exame de forma idêntica ao decidido em relação ao que designa de “lançamento principal”, referente a IRPJ e CSLL.

O lançamento de IRPJ e CSLL foi considerado em primeira instância parcialmente procedente. Em síntese, a discussão fundou-se na interpretação dos arts 13, *caput* e 14, I da Lei nº 9.718/1998, com a redação dada pelo art. 46 da Lei nº 10.637/2002:

*“Art. 13. A pessoa jurídica cuja receita total, **no ano-calendário anterior**, tenha sido igual ou inferior a R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais), ou a R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.*

(...)

Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:

*I - cuja receita total, **no ano-calendário anterior** seja superior ao limite de R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais), ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses;” (grifo nosso)*

Conforme as DIPJ 2008 e 2009 apresentadas, a recorrente apurou o IRPJ e a CSLL segundo as regras do lucro presumido nos anos-calendário 2007 e 2008. A fiscalização indica que, de acordo com os registros contábeis e demonstrações apresentados pela recorrente, a receita operacional bruta nos anos-calendário de 2007 e 2008 atingiu, respectivamente, R\$ 117.236.990,61 e 122.463.642,12, montantes que entendeu superiores aos limites estabelecidos em lei para apuração pelo lucro presumido.

O julgador de primeira instância, no processo nº 10166.723952/2011-27, afastou de plano a exigência referente ao ano-calendário de 2007, pela ausência de indicação na autuação do valor da receita bruta referente ao ano-calendário de 2006 (o que impediu a verificação do enquadramento nos limites legalmente estabelecidos para a opção):

*“No caso em tela, verifica-se que, **em relação a 2008**, o agente fiscal procedeu corretamente, uma vez que, segundo a*

² Quando da elaboração deste voto, o processo se encontrava distribuído à DIDAU-Dívida-PRFN1, não tendo sido o Acórdão da DRJ objeto de recurso voluntário.

³ Quando da elaboração deste voto, o processo se encontrava distribuído a conselheiro relator da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, desde 12 de abril de 2012.

*demonstração de resultado apresentada pelo próprio contribuinte, **a receita bruta total de 2007 foi superior ao limite de R\$ 48.000.000,00**, o que resultou na obrigatoriedade de apuração do tributo devido com base do lucro real no anocalendarário seguinte.*

Entretanto, quanto aos fatos geradores relativos ao ano-calendário de 2007, não consta dos autos qualquer informação relativa ao valor da receita bruta total do anocalendarário de 2006, motivo pelo qual não há como prevalecer a consideração do fisco quanto à incorreção da opção pelo lucro presumido na DIPJ/2008.

(...)

Destarte, tendo em vista a fundamentação incorreta para a exigência do IRPJ e CSLL pelo lucro real no ano-calendário de 2007, não há como prevalecer o lançamento relativamente a esse período.” (grifo nosso)

No mesmo Acórdão, dispôs ainda o julgador administrativo em relação àquele processo (referente a IRPJ e CSLL):

*“... verifica-se que a base de cálculo utilizada no lançamento não foi a receita operacional e sim, o lucro apurado pelo contribuinte em sua demonstração trimestral de resultado. Percebe-se, da análise de tal documento, que, **em sua escrituração contábil e comercial, o contribuinte efetuou a apuração do lucro real conforme preconizado pela legislação, mas, na DIPJ, efetuou a opção pelo lucro presumido** de forma indevida, o que resultou na apuração incorreta do IRPJ e da CSLL.*

(...)

*A base de cálculo utilizada pelo fisco foi, portanto, exatamente aquela requerida pela impugnante em sua peça de defesa, ou seja, o lucro efetivamente auferido no período e apurado mediante o confronto entre as receitas e os custos e despesas, **tendo sido respeitada, inclusive, a sua própria escrituração.**” (grifo nosso)*

Em síntese, naquele processo o retoque efetuado pelo julgador *a quo* restringiu-se ao ano-calendário de 2007, e exclusivamente em relação ao IRPJ e à CSLL, tendo como fundamento as opções efetuadas em DIPJ. A discussão sobre a aplicabilidade dos arts 13, *caput* e 14, I da Lei nº 9.718/1998, com a redação dada pelo art. 46 da Lei nº 10.637/2002, foi o cerne da questão, e a motivação para a procedência parcial.

Já no julgamento de primeira instância do processo que agora se analisa (referente a COFINS), entendeu o julgador *a quo* que:

“Equivocou-se, portanto, a interessada ao dizer que a autuação decorreu de apuração de omissão de receitas relativas a vendas de mercadorias, obtidas com base em informações bancárias, bem como ao afirmar que o fisco teria utilizado como base de cálculo, para apuração do IRPJ e da CSLL, a receita operacional do período, sem considerar os custos e despesas incorridas (sic).

Da mesma forma, equivocou-se a impugnante ao sustentar que a autuação relativa à contribuição para o PIS e à Cofins foi efetuada com mesmo embasamento fático do lançamento referente a IRPJ e à CSLL.

Primeiramente, cumpre mencionar que, em contraposição ao sustentado pela impugnante em sua peça de defesa (que estaria submetida ao regime cumulativo de apuração), **a empresa**, em 24/06/2011 **apresentou**, em atendimento à intimação fiscal, os Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais – **DACON, relativos aos anos-calendário de 2007 e 2008**, com informações referentes ao **regime não-cumulativo**, bem como planilhas com bases de cálculo e apuração das contribuições consoante essa mesma sistemática.

Compulsando-se os autos, especialmente as planilhas de fls. 15 e 16, verifica-se que o agente fiscal, para a apuração do tributo devido nos referidos anos, adicionou, ao montante do tributo declarado em DACON como devido, o tributo devido sobre a diferença entre o valor da receita bruta constante de sua demonstração de resultado do período e o valor da soma das bases de cálculo constantes das planilhas apresentadas (fls. 72 e seguintes). Do valor obtido, foi ainda deduzido o valor do débito declarado na DCTF correspondente.” (grifo nosso)

É de se esclarecer que além dos tributos que incidem sobre faturamento (entre os quais pode-se citar a Contribuição para o PIS/PASEP e a Cofins) há impostos e contribuições incidentes sobre o lucro (como o IRPJ e a CSLL). Para estes, as empresas podem, dentro das regras legalmente estabelecidas, optar entre lucro presumido e lucro real.

A um primeiro olhar, uma ou outra opção não teria relevância sobre a Cofins. Contudo, é de se atentar para o disposto no art. 8º da Lei nº 10.637/2002, e no art. 10 da Lei nº 10.833/2003, que vedam a cobrança não-cumulativa da Cofins (e da contribuição para o PIS/PASEP) a empresas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido (ou arbitrado).

Assim, a opção pelo regime de apuração do lucro presumido (IRPJ e CSLL) é incompatível com a cobrança não-cumulativa da COFINS. Nem o contribuinte pode fazê-lo, nem o fisco aceitá-lo.

O contribuinte, embora tenha apresentado DIPJ optando pelo lucro presumido, efetuou os registros contábeis pela sistemática do lucro real, e, embora tenha apresentado DACON considerando a não-cumulatividade, afirma que a tributação a que está sujeito é a cumulativa. Ou seja, o que propugna o contribuinte é diametralmente oposto ao que ele contabiliza e documenta.

A decisão da DRJ no processo nº 10166.723952/2011-27 afastou a exigência de IRPJ e CSLL referente ao ano-calendário de 2007 (ao argumento de que apenas foi comprovada a hipótese de vedação à opção pelo lucro presumido no ano-calendário de 2008). Por consequência, correta estaria a cobrança não cumulativa de Cofins no período. *A contrario sensu*, ao admitir que não foi comprovada hipótese de vedação à opção feita pela empresa à tributação pelo lucro presumido no ano-calendário de 2007, o julgador entendeu possível a

opção em tal período, e, portanto, a incompatibilidade com a cobrança não-cumulativa de Cofins.

A confirmação ou não do julgamento de primeira instância no processo nº 10166.723952/2011-27, assim, afeta o presente processo, pelo que se declina da competência para julgamento em favor da Primeira Seção deste CARF, na forma do art. 2º, IV do Anexo II do Regimento Interno deste CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009.

Assim, voto pelo não conhecimento do recurso voluntário, com o encaminhamento do presente à Primeira Seção deste CARF, para julgamento no contexto do processo referente a IRPJ/CSLL.

Rosaldo Trevisan