



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

Processo nº 10073.000702/2003-44
Recurso nº 259.426 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.542 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de agosto de 2010
Matéria COFINS
Recorrente INCOFLANDRES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FLANDRES LTDA.
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO II/RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/12/2002

NULIDADE. Não padece de nulidade o auto de infração, lavrado por AFRF competente, contra o qual o contribuinte pode exercer o contraditório e a ampla defesa, onde constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes.

INCONSTITUCIONALIDADE. Não compete à autoridade administrativa exercer controle de constitucionalidade de ato normativo legitimamente inserido no Ordenamento Jurídico, função própria, exclusiva e indelegável do Poder Judiciário.

VALORES REPASSADOS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. Valores repassados a outras pessoas jurídicas, não podem ser excluídos da base de cálculo da Cofins, por falta de amparo legal.

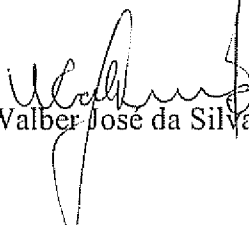
LEI Nº 9.718/98. VIGÊNCIA. A obrigação do recolhimento da Cofins na forma da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, teve início em 1º de fevereiro de 1999.

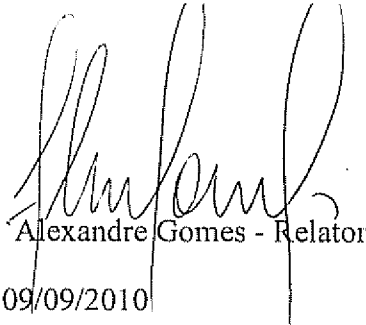
TAXA SELIC. Sobre os débitos com a União, não quitados no prazo previsto pela legislação, incidirão juros de mora, calculados à taxa Selic, acumulada mensalmente

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Walber José da Silva - Presidente



Alexandre Gomes - Relator

EDITADO EM: 09/09/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Alan Fialho Gandra, Andréa Medrado Darze, Alexandre Gomes (Relator) e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Por bem delimitar a matéria versada no presente processo, transcrevo o relatório elaborado pelo Relator do acórdão recorrido:

A empresa qualificada em epígrafe foi autuada em virtude de falta de recolhimento de COFINS do período de 01/02/2002 a 31/12/2002.

Conforme demonstrativos de fls. 279/283, o autuante constituiu o crédito tributário no valor de R\$629.454,56, sendo R\$330.585,64 de contribuição, R\$50.929,71 de juros de mora e R\$247.939,21 de multa proporcional à contribuição.

A Autoridade Fiscal constatou, em auditoria de DCTF, compensação da Cofins com crédito inexistente de Finsocial (fl 279).

A base legal do lançamento encontra-se descrita às fls. 279/280.

Devidamente cientificada em 05/06/2003, conforme declaração firmada no próprio corpo do auto de infração de fls. 277/285, a interessada apresentou em 07/07/2003 a impugnação de fls 294/324, na qual alegou:

- 1. a descrição constante do auto de infração simplesmente informa que não haveria mais crédito a compensar, sem esclarecer o método utilizado para tal conclusão;*
- 2. a compensação requerida anteriormente pelo contribuinte não foi homologada, restando, então, crédito utilizado no ano de 2002;*
- 3. a fiscalização não elaborou relatório de verificação fiscal, a fim de descrever adequadamente os fatos, cerceando a defesa do autuado e tornando o auto nulo;*
- 4. é dever da fiscalização incluir no REFIS os débitos de contribuições cujas compensações não foram homologadas;*
- 5. de acordo com o art. 2º, § 2º, da IN/SRF nº 43/00, os débitos declarados, ainda que pendentes de apreciação de pedido de*

compensação ou de parcelamento, eram incluídos automaticamente no REFIS,

6. é dever da fiscalização incluir no REFIS o débito da Cofins, do período de 04/92 a 11/99, e não homologar o pedido de compensação anterior a fevereiro de 2.000;

7 a Lei nº 9.718/98 contém vício formal, viola o princípio da isonomia e, ainda, afronta a Constituição ao ampliar a base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins),

8. na base de cálculo do PIS e da Cofins não podem constar as receitas de terceiros, tais como, preço do fornecedor, ICMS e o frete, na forma do inciso III, do § 2º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98;

9. as receitas oriundas de vendas para a Zona Franca de Manaus devem ser excluídas da base de cálculo da contribuição em tela,

10. a aplicação da taxa Selic ofende princípios fundamentais da ordem jurídica e desrespeita o limite disposto pelo CTN (art. 161, § 1º),

11. a multa aplicada tem caráter confiscatório e deve ser reduzida.

A impugnante cita doutrina e jurisprudência e pede, ao final, a declaração de nulidade do auto de infração e, sucessivamente, seja aplicada, apenas, multa por descumprimento de obrigação acessória e, em seqüência, "caso não sejam acatados os pedidos anteriores":

1. aplicação da legislação anterior à Lei nº 9.718/98;

2. exclusão da base de cálculo dos valores transferidos a terceiros e das vendas efetuadas à Zona Franca de Manaus;

3 não incidência da taxa Selic ou, sucessivamente, limitá-la a 1% ao mês e 12% ao ano e,

4. redução da multa a patamar não-confiscatório.

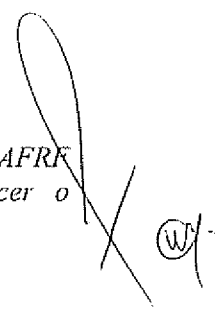
A Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro II, após análise dos argumentos, entendeu por bem julgar o auto de infração parcialmente procedente, ficando esta decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/12/2002

Nulidade

Não padece de nulidade o auto de infração, lavrado por AFRF competente, contra o qual o contribuinte pode exercer o

A large, stylized handwritten signature in black ink is written over the text. To the right of the signature, there is a circular stamp containing the letter 'W'.

contraditório e a ampla defesa, onde constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes.

Inconstitucionalidade

Não compete à autoridade administrativa exercer controle de constitucionalidade de ato normativo legitimamente inserido no Ordenamento Jurídico, função própria, exclusiva e indelegável do Poder Judiciário.

Valores Repassados. Exclusão. Impossibilidade.

Valores repassados a outras pessoas jurídicas, não podem ser excluídos da base de cálculo da Cofins, por falta de amparo legal.

Lei nº 9.718/98. Vigência.

A obrigação do recolhimento da Cofins na forma da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, teve início em 1º de fevereiro de 1999.

Taxa Selic

Sobre os débitos com a União, não quitados no prazo previsto pela legislação, incidirão juros de mora, calculados à taxa Selic, acumulada mensalmente

Multa de Ofício. Retroatividade Benigna.

O princípio da retroatividade benigna impõe o cancelamento de multa lançada de ofício com base em legislação posteriormente alterada no sentido de não mais tratar como infração a conduta apenada.

Irresignada, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário onde argumenta, em síntese, que:

a) o auto de infração é nulo por não descrever de forma correta e detalhada o cálculo realizado para negar a compensação realizada, o que transgride além da Constituição federal, o processo administrativo fiscal (Dec. 70.235/72, art. 10, III);

b) a fiscalização deveria ter incluído os débitos de COFINS do período de 04/92 a 11/99, que eram objeto de compensação com créditos de FINSOCIAL, uma vez que estas compensações não tinham sido analisadas ainda e, de acordo com sua interpretação, a opção pelo REFIS abrangeria todos os débitos do contribuintes, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar e os com exigibilidade suspensa ou não.

c) a inclusão dos débitos do período 04/92 a 11/99 no REFIS, independentemente de desistência expressa das compensações e de inclusão destes na Declaração REFIS, deveria ter sido feita automaticamente pela fiscalização, o que acarretaria em restabelecimento dos créditos de FINSOCIAL utilizados para que pudessem ser novamente utilizados para a compensação do período de 02/2002 a 12/2002;

d) não poderia ser aplicada a Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, uma vez que deveria ser aplicada a correção monetária integral deferida no processo nº 93.00.32440-3; 1



e) na eventualidade de ser mantido o débito, deveria ser afastada a aplicação da Lei 9.718/98 por esta possuir diversas inconstitucionalidades; possuir vícios formais na sua promulgação; violar o princípio da isonomia e o art. 246 da CF; ter alargado indevidamente a base de cálculo da COFINS

f) deveriam ser excluídas da base de cálculo da contribuição as receitas de transferidas para terceiros, entre elas o ICMS. Sendo o valor de venda de seus produtos composto pelo preço da mercadoria, do ICMS, do Frete e da margem de lucro, e somente esta última é que deveria ser base de cálculo da COFINS, tudo conforme determinava o art. 3º, § 2º, inciso III da Lei 9.718/98;

g) também não podem ser incluídos na base de cálculo da COFINS os valores decorrentes de vendas realizadas para a Zona Franca de Manaus,;

h) é ilegal a utilização da Taxa SELIC e que a multa é excessiva.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Gomes, Relator

O presente Recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos e dele tomo conhecimento.

Tendo em vista o grande número de assuntos levantados em sede de Recurso Voluntário, passo a analisá-los um a um.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Alega a Recorrente, que a falta de descrição clara dos cálculos efetuados pela fiscalização em relação aos créditos de FINSOCIAL macularam o lançamento.

Razão não lhe assiste.

Sobre o assunto, reporto-me ao voto proferido pelo Relator do acórdão guerreado, cujos fundamentos adoto como razão decidir:

Entendo, porém, que a referida determinação foi respeitada na elaboração do presente auto de infração, haja vista que TODOS os valores constituídos por meio do lançamento já haviam sido confessados em declaração apresentada pelo contribuinte (DCTF) (fls. 192/205). De outra forma, nada está ali no auto de infração que já não tivesse sido admitido pelo próprio contribuinte. Ademais, nos demonstrativos elaborados pela

fiscalização e anexados ao auto de infração (fls. 279/285), constam os elementos necessários para eventual contestação quanto ao mérito da autuação, que, de fato, ocorreu conforme comprova a volumosa peça impugnatória. Constam, por exemplo, os demonstrativos da penalidade aplicada e dos juros de mora, o montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo, o termo de intimação para o seu cumprimento ou oferecimento de impugnação, conforme exigido por lei, a identificação da autoridade fiscal, incluindo sua matrícula funcional.

Compulsando os autos, verifico que todos os elementos necessários a elaboração da defesa estão presentes, motivo pelo qual não acolha a preliminar de nulidade.

Não obstante, como bem lembrou o acórdão recorrido o termo de Constatação Fiscal nº 001, registrou que o fim dos créditos de FINSOCIAL ocorreu em 02/2002 em decorrência da análise efetuada em outros processos administrativos, o inviabiliza nova análise dos critérios utilizados.

REFIS

Aduz que compensações relativas a débitos de COFINS, no período 04/92 a 11/99, deveriam ter sido incluídas automaticamente no REFIS, o que aumentaria o valor dos créditos de FINSOCIAL a serem compensados, uma vez que os já utilizados nas compensações daquele período poderiam ser utilizados nas realizadas no período de 02/2002 a 12/2002.

Também não há como deferir o pleito da Recorrente.

Isto porque, como a própria recorrente afirmou, os débitos de COFINS compensados no período de 04/2 a 11/99 estavam, à época do REFIS, com exigibilidade suspensa, fato que impedia sua inclusão automática no referido parcelamento.

Tal assertiva decorre da legislação do REFIS que assim impunha:

Resolução CG/REFIS nº 002, de 10 de fevereiro de 2000

Art. 7º A inclusão, no REFIS, de débitos objeto de ações judiciais, impugnações ou recursos será efetuada a critério da pessoa jurídica

Parágrafo único. Não ocorrendo a inclusão referida no caput, a pessoa jurídica optante deverá pagar o débito correspondente às ações, impugnações ou recursos no prazo de trinta dias, contado da data da ciência da decisão judicial ou administrativa, sob pena de exclusão do REFIS.

Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97

As questões relativas a atualização dos créditos de FINSOCIAL foram analisadas nos processos 10073.000889/94-14, 100073.0009000/94-00, 10073.000901/94-64, 10880.061967/93-90, 10073000297/2002-83 e 10073.001579/2002-06, sendo impossível rediscuti-las no processo ora sob análise.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.718

A Recorrente pugna pela não aplicação da Lei 9.718/98 por esta possuir diversas inconstitucionalidades, possuir vícios formais na sua promulgação e por violar o princípio da isonomia bem como afronta o art. 246 da CF.

Contudo, como é de conhecimento geral, ao julgador administrativo é vedado declarar a inconstitucionalidade de norma tributária vigente, como é o caso do art. 4º da Lei Complementar 118/05, até que haja manifestação plenária do Supremo Tribunal Federal.

É o que se extrai do disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo.

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

No âmbito do CARF a matéria encontra-se sumulada:

Sumula nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Neste contexto não conheço da matéria relacionada a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98.

Única ressalva que se faz, diz respeito ao alargamento do alargamento da Base de Cálculo da COFINS promovida pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

Isto porque, a questão encontra-se pacificada no E. STF, que decidiu no seguinte sentido:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente TRIBUTÁRIO

INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (RE 346.084/PR. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/11/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Do voto do Relator do Acórdão, Ministro Marco Aurélio, destaca-se:

"Vale dizer que se está diante de diploma normativo cujo § 1º do art. 3º veio à luz sob o signo da inconstitucionalidade parcial, ao fazer compreender no conceito de receita bruta do contribuintes entradas outras diversas do produto da venda de mercadorias e serviços, instituindo, por consequência, nova fonte destinada a garantir a manutenção da seguridade social, o que somente por lei complementar poderia se feito validamente, como previsto no § 4º do referido art. 195 da Carta".

Ocorre contudo, que no presente processo não há prova de que existam parcelas relativas a outras receitas na base de cálculo da COFINS. Esta prova competia a Recorrente fazer, e não a tendo realizado não há como deferir tal pedido.

VALORES REPASSADOS A TERCEIROS

Pugna também pela exclusão da base de cálculo das receitas repassadas a terceiros, nos termos do art. 3º, § 2º, inciso III da Lei 9.718/98.

O referido dispositivo assim determinava:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo

Muito se discutiu sobre a aplicação deste dispositivo, principalmente sobre a necessidade de sua regulamentação por parte do Poder Executivo, fato que nunca ocorreu.

Não obstante, no presente caso, por tratar-se de período compreendido entre 02/2002 a 12/2002, maiores tergiversações não se fazem necessárias uma vez que a Media Provisória 2.158-35 de 2001, expressamente revogou o dispositivo.

VENDAS REALIZADAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS

Pleiteia a exclusão da base de cálculo das vendas efetuadas para a Zona Franca de Manaus

É de ressaltar que os valores lançados no presente processo foram efetuados a partir de suas declarações, não havendo nem mesmo indícios de que teria ocorrido vendas para a Zona Franca de Manaus e nem mesmo qualquer indicia de que por ventura tenha havido tributação destes valores.

Não havendo prova das alegações é de ser não provido o Recurso Voluntário neste tópico.

TAXA SELIC

Os juros cobrados no presente processo encontram-se respaldados no art. 161 do Código Tributário Nacional, quem assim determina:

Art 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária

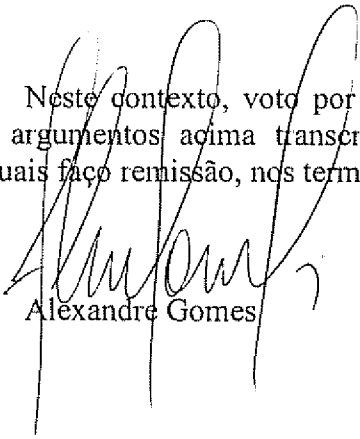
§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

No âmbito do CARF a matéria já se encontra sumulada, senão vejamos:

Súmula 4ª A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais

Neste contexto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, com base nos argumentos acima transcritos em complemento aos expostos no acórdão recorrido, aos quais faço remissão, nos termos do § 1º art. 50 da Lei 9.784/99¹


Alexandre Gomes

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

