



Processo nº : 10120.001310/2002-17

Recurso nº : 122.488

Acórdão nº : 203-09.022

Recorrente : **EMPRESA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS
LTDA.**

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração em virtude da falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente a períodos de apuração compreendidos entre os meses de fevereiro/1998 a setembro/2001.

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R\$2.653.158,92, correspondendo a: (1) valor da contribuição – R\$944.006,53; (2) juros de mora – R\$293.142,72; (3) multa – R\$1.416.009,67. (fls. 368)

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 370 e 380.

A contribuinte impugna (fls. 391 a 426) o auto de infração constante do presente processo, alegando, em síntese, que:

É pessoa jurídica de direito privado que na consecução de seus objetivos sociais, conforme infere-se da Lei-Complementar nº 70/91 e Lei nº 9.718/98, é contribuinte da COFINS e do PIS.

Como infere-se dos comandos legais colacionados, a base de cálculo de predita contribuição é o seu faturamento efetivo, acrescidos de outras receitas operacionais, não sendo permitido nenhuma dedução a título de custo ou despesa.

Já para algumas atividades, principalmente instituições financeiras e empresas que realizam operações de compra e venda de moeda estrangeira, essa Lei prevê tratamento diferenciado e mais justo, permitindo deduzir da receita bruta todos os custos inerentes às operações.

Dessa feita, o conceito de faturamento assume contornos diferenciados para cada atividade. Para uns, faturamento compreende toda e qualquer receita; para outros, faturamento confunde-se com lucro. Evidencia-se, portanto, que a administração faz massa plástica do aludido conceito, moldando-o de acordo com sua conveniência, contrariando o que dispõe o art. 110 do CTN, o qual veda alteração de conceitos definidos pelo direito privado. Tratamento idêntico é conferido às instituições financeiras, estas, por sua vez, pagam o PIS e a COFINS sobre o lucro bruto. Tais deduções estão previstas no § 5º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, combinada com art. 1º, inciso III da Lei nº 9.701/98.

Infere-se também que os comandos legais supracitados colidem com os princípios constitucionais da igualdade e, sobretudo, da equidade.



Processo n^o : 10120.001310/2002-17
Recurso n^o : 122.488
Acórdão n^o : 203-09.022

Destarte, entende-se que a base de incidência da contribuição, para qualquer atividade, deve recair sobre o lucro bruto, tal qual se aplica às Instituições Financeiras e às empresas que operam com compra a venda de moeda. A receita de natureza tributária tem como pressuposto a distribuição de parte daquilo que agregou ao capital; do contrário, estar-se-á oficializando o confisco, o que certamente dilapidaria o capital.

A forma discriminatória adotada em relação às demais empresas que exercem a mercancia não encontra nenhuma justificativa plausível, porquanto tanto uma atividade como a outra são puramente mercantis.

A esse respeito, como demonstrado alhures, o Poder judiciário vem repelindo com veemência a cobrança de tais contribuições nos moldes interpretado pela administração.

O mesmo tratamento tem sido dispensado às revendedoras de veículos usados.

Dada a natureza jurídica da Taxa SELIC, verifica-se a impossibilidade de sua utilização como taxa de juros de mora, uma vez que, possuindo natureza remuneratória, não poderia ser utilizada para o fim pretendido.

Além da impossibilidade jurídica de aplicação da SELIC como taxa de juros moratórios decorrentes da verificação de sua natureza, deve-se ainda ressaltar que, de acordo com a forma com que é fixada, representa flagrante ataque ao princípio da legalidade, razão que per si impede também a sua utilização.

Não bastasse a inclusão de valores absolutamente indevidos nos débitos imputados, ainda tem-se que foram utilizados índices para correção dos valores apurados, já repelidos por nossos pretórios, requer, então, seja a TR aplicada substituída pelo INPC, índice mais benéfico ao devedor.

Caso o fisco não concorde com o posicionamento, é até legítimo constituir o crédito duvidoso com vistas a evitar a decadência, no entanto, considerar como fraude tal entendimento é totalmente inaceitável. O simples fato do contribuinte interpretar a legislação de forma diferente da administração tributária, não concede a essa o direito de enquadrá-lo como criminoso.

Infere-se dos itens acima que a Autuada simplesmente pagou seus tributos de acordo com a interpretação que deu à legislação pertinente, sem declarar à SRF apenas uma pequena fração do valor devido como afirmou o fisco.

Caso o ilustre julgador entende não acolher o contido no parágrafo anterior, seja determinado a exclusão do ICMS da receita bruta, a fim de apurar o efetivamente devido.

E, desconsiderada a multa agravada em face da Impugnante, conforme demonstrado, ter calculado seus tributos com base em entendimento amplamente debatido no meio jurídico e, sobretudo, porque não foi encontrado nenhuma omissão de suas operações em sua escrituração, fiscal e contábil. O que fez a Impugnante foi não se filiar a interpretação da administração, o que não é novidade face as divergências apontadas. Além do que, os Autuantes



Processo nº : 10120.001310/2002-17
Recurso nº : 122.488
Acórdão nº : 203-09.022

nada apuraram, todo o levantamento foi realizado pela Autuada, inclusive preenchendo o formulário acostado ao processo, e mais, todas as informações foram extraídas dos livros devidamente escriturados, o que demonstra que a Impugnante jamais teve a intenção de fugir ao controle da Administração. Quem quer sonegar não insere em sua escrita toda a sua movimentação. E, o motivo alegado pelos Autuantes para o agravamento inexistente, ou seja, se não houve entrega de DCTF, conseqüentemente não houve declaração sistemática de valor devido a menor.

Protesta pela produção de todas as provas em direito permitidas, por mais especiais que sejam, especialmente pela pericial, visando apurar os devidos valores, o que desde já requer.”

A DRJ em Brasília – DF proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 28/02/1998 a 30/09/2001

Ementa: Falta de Recolhimento

Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

Base de Cálculo

Excluem-se da receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição, somente as deduções autorizadas pela legislação de regência. O ICMS integra a base imponible porque faz parte do preço de venda. O conceito de “lucro bruto” das instituições financeiras, das que operam com mercados futuros ou com câmbio, não se aplica quando a empresa tem como atividade a revenda de mercadorias.

Inconstitucionalidade da Lei 9.718/1999

As contribuições sociais, não sendo impostos, não se exige que seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes sejam estabelecidos por lei complementar. De qualquer forma, argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria.

Multa Agravada

Comprovada a ocorrência do evidente intuito de fraude, a multa de lançamento de ofício deve ser elevada para cento e cinquenta por cento.

Juros - Limite Legal

O § 1º do art. 161 do CTN não impõe limite ao legislador ordinário para o estabelecimento da taxa de juros, portanto, pode a lei ordinária fixá-la em percentual diverso, superior ou inferior, a 1% ao mês.

Juros de Mora - Aplicabilidade da Taxa Selic

Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos a partir de abril de 1995, incidem os juros de mora equivalentes à taxa SELIC para títulos federais.

Compensação

Compete às DRF efetuar a compensação, nos estritos termos das Instruções Normativas SRF 021 e 073/1997.



Processo nº : 10120.001310/2002-17
Recurso nº : 122.488
Acórdão nº : 203-09.022

Pedido de Diligência e/ou Perícia

Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de solicitar a realização de diligência e/ou perícia compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a recorrente interpõe recurso a este Conselho, nos seguintes termos:

COMO PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE:

- os órgãos administrativos julgadores têm competência para apreciar questões relativas às inconstitucionais exigências tributárias, em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO – EXCLUSÃO DO ICMS NORMAL:

- por conta da base de cálculo da contribuição, da majoração da alíquota e da inclusão do ICMS, as Leis nºs 70/91 e 9.718/98 padecem de inconstitucionalidade;
- a contribuição deve incidir sobre o lucro bruto, concluindo que a Lei nº 9.718/98 contraria a Constituição Federal;
- conforme a Lei Complementar nº 70/91 e a Lei nº 9.718/98, o ICMS cobrado dos adquirentes dos bens comercializados integra a base de cálculo da contribuição, o que não entende como correto, prática que fere a Carta Magna;
- também é inconstitucional a aplicação da Taxa SELIC;

DO MÉRITO:

DA TR:

- não se pode aplicar a TR para correção dos seus débitos, devendo ser aplicado o INPC, conforme jurisprudência que cita;

DA MULTA AGRAVADA:

- não existe qualquer ilicitude nos atos praticados pela recorrente; o que ocorre é que esta tem um ponto de vista no qual é acompanhado por tributaristas de renome;
- quando intimada, a empresa informou a totalidade de suas vendas e a apuração da base de cálculo, nos moldes que a fiscalização determinou, embora não fosse legalmente obrigada a isto;
- é inaceitável que, estando os livros da recorrente devidamente escriturados, não tendo sido encontrada nenhuma omissão de receita, seja a mesma acusada de crime contra a Ordem Tributária;



Processo nº : 10120.001310/2002-17

Recurso nº : 122.488

Acórdão nº : 203-09.022

- o procedimento do fisco tem natureza de chantagem, caracterizando meios vexatórios para cobrança do débito, ferindo o Código Penal; e
- a conduta da recorrente está enquadrada no conceito de declaração inexata, conforme jurisprudência.

É o relatório.



Processo nº : 10120.001310/2002-17

Recurso nº : 122.488

Acórdão nº : 203-09.022

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE

A recorrente, ao se referir à exclusão do ICMS cobrado dos adquirentes das mercadorias da base de cálculo da contribuição e ao afirmar que a base de cálculo seria somente o lucro bruto obtido, bem como da inconstitucionalidade da SELIC, aduz que os respectivos diplomas legais correspondentes estariam ferindo a Carta Magna.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como de a constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III, "b", da Carta Magna.

Neste mesmo sentido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

"5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprivação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição.

5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.



Processo nº : 10120.001310/2002-17
Recurso nº : 122.488
Acórdão nº : 203-09.022

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI)."

Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.

DO MÉRITO

DA APLICAÇÃO DA TR

Sem maiores delongas, verifica-se que, no presente caso, não houve aplicação do referido índice, razão por que, de pronto, não cabe nenhum assentimento ao argumento suscitado.

DA MULTA AGRAVADA

A Lei nº 9.430/96 estabeleceu a aplicação da multa agravada para os casos em que, em tese, configurem-se crime, nos termos da Lei nº 4.502/64:

"Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)"

Resta-nos, pois, analisar se, no presente caso, tal é a hipótese ocorrida, o que justificará a aplicação da penalidade na forma como foi efetivada.

A Lei nº 4.502/64 dispõe que:

"Art. 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.



Processo nº : 10120.001310/2002-17
Recurso nº : 122.488
Acórdão nº : 203-09.022

Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72."

No entanto, o fato concreto apurado é que houve, de forma repetida, a declaração de valores que leva à apuração de montantes de tributos devidos ao Estado inferiores aos que realmente são devidos, o que implica em que a contribuinte suprimiu ou reduziu o montante devido omitindo ou prestando declarações à Administração Tributária que não eram compatíveis com a verdade.

A alegação de que tais atos decorrem de interpretações divergentes não transforma a realidade dos fatos ocorridos, além do que para solução de divergências entre os contribuintes e a Administração Tributária, o ordenamento jurídico vigente estabelece firmas próprias, que diferem, obviamente, do simples descumprimentos de normas impositivas. Poderia a contribuinte, tranqüilamente, recolher o tributo da forma que entendesse devido sem a menor possibilidade de constrangimento, se se tivesse utilizado do instituto da Consulta, previsto no Processo Administrativo Fiscal, que inclusive lhe garantiria que, enquanto pendente de resultado a solução do conflito, nenhum procedimento de ofício seria instaurado contra a consulente relativamente à matéria consultada. Desta forma, estaria, no meu entender, agindo de boa-fé e dentro da mais estrita legalidade.

Ressalte-se, também, que a apresentação dos documentos à fiscalização ocorreu após a intimação fiscal, como admite a própria recorrente, o que implica em que não o foi de forma espontânea, mas sob forma de atividade de ofício do Fisco.

Por outro lado, a Lei nº 4.502/64, ao se referir a "omissão", não está se referindo especificamente ao conceito de omissão de receita presente no Regulamento do Imposto de Renda, para fins de apuração daquele tributo; o referido termo na Lei não se confunde com o presente no RIR, visto que, naquele texto legal, a "omissão" a que se refere tanto pode ser aquela do próprio Regulamento mencionado como pode ser acerca de faturamento, de receita ou de qualquer outro dado importante para a apuração do montante tributável devido, que tenha sido omitido da Administração Tributária.

O procedimento adotada pela recorrente se deu à total revelia do Fisco, que, caso não o tivesse fiscalizado, poderia nunca tomar conhecimento da tributação indevida.

Correta a aplicação da multa agravada, por se enquadrar, em tese, no que dispõe a Lei nº 4.502/64.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade para, no mérito, negar provimento a recurso.

Sala das Sessões, em 01 de julho de 2003


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES