



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

Processo nº 10283.721053/2008-58
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº **3801-002.833 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 25 de fevereiro de 2014
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente DELIMA COMÉRCIO E NAVEGAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/2003 a 31/12/2003

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) - CONTROLE ADMINISTRATIVO. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. NULIDADE INEXISTENTE.

O MPF tem apenas a função de controle administrativo interno da instituição Receita Federal e eventuais descumprimento de comandos normativos em relação ao MPF não acarreta a nulidade do lançamento.

DECADÊNCIA. PERÍODO DE APURAÇÃO MENSAL.

O período de apuração da Cofins é mensal nos termos da Lei Complementar 70/91.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

A multa de 75% sobre o valor do tributo está prevista em lei vigente e a autoridade julgadora não pode afastar a aplicação de normas jurídicas.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO. SÚMULA 4 DO CARF.

De acordo com a Súmula 4 do CARF a cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, serão acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

CONTRIBUIÇÃO PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. ROL TAXATIVO DA LEI 9.718/98.

Para as pessoas jurídicas em geral as exclusões da base de cálculo estão todas discriminadas na Lei 9.718/98, assim o ICMS inclui-se na base de cálculo da contribuição.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

O controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso.

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 relatório e votos que integram o presente julgado. Os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel votaram pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, Paulo Sérgio Celani, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antônio Borges e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Adoto parcialmente o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), que narra bem os fatos:

Trata o presente processo de Auto de Infração relativo à Contribuição para o financiamento da Seguridade Social, no valor de R\$ 299.601,22 (fl. 27), compreendendo principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 30/09/2008.

A autoridade fiscal informa que procedeu ao lançamento de ofício em decorrência do confronto entre a DIPJ/2004 e as DCTFs do ano-calendário de 2003 apresentadas pela contribuinte, das quais verificou a insuficiência de recolhimento da Cofins a pagar. Havendo solicitado esclarecimentos acerca das divergências encontradas, deixou a fiscalizada de apresentar documentos que comprovassem a quitação dos valores informados em DIPJ.

Cientificada do lançamento em 05/11/2008, a contribuinte apresentou tempestivamente, em 04/12/2008, a impugnação de fls. 43/72 na qual sustenta que:

a) O auto de infração é nulo, em face de que não haveria mandado de procedimento fiscal.

b) O auto de infração também seria nulo em razão de que consta do mesmo a indicação de dispositivo errôneo, em relação às multas fiscais. Foi indicado o art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, quando o correto seria o art. 44, V, da referida lei. O fato gerador da Cofins objeto do auto de infração ocorrera no ano de 2003, não se encontrando em vigor a alteração introduzida pelo inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, com erro no enquadramento legal da multa de ofício.

c) Houve a decadência do lançamento relativo aos meses anteriores a 05/11/2003, haja vista que somente recebeu o auto de infração em 05/11/2008.

d) Não há falta de recolhimento de Cofins no confronto entre a ficha 26 da DIPJ e DCTFs. Na contabilidade foram lançadas as provisões sobre ICMS embutido nas notas fiscais e Conhecimento de Transporte, o qual é inconstitucional, bem como as receitas a que se referem o art. 3º da Lei nº 9.718/1998. Explana longamente quanto à impossibilidade de o ICMS ser considerado fato gerador da Cofins, referindo decisões e posicionamentos de órgãos jurisdicionais.

e) Assevera de forma absolutamente genérica que requer a aplicação do art. 112 do CTN.

f) As multas e os juros de mora não podem ultrapassar o principal. Refere o art. 412 do Código Civil, o qual não poderia ser infringido. Refere o RE nº 463285. Acresce que a multa de ofício é totalmente indevida, já que se a empresa declarar o tributo em DIPJ, não se lhe pode aplicar a multa de ofício de 75%, porque a Receita Federal está em condições de inscrevê-la em dívida ativa. Refere a revogação levada a efeito pelo art. 7º da Lei nº 9.716/1998.

g) O art. 3º da MP nº 75/2002 limitou a aplicação do disposto no art. 90 da MP nº 2.158-35/2001. Com tal alteração, já não seria possível o lançamento de ofício e nem a aplicação da multa de ofício, exceto nos casos elencados no art. 3º da MP nº 75/2002.

h) O art. 90 da MP nº 2.158-35/2001 chegou a mandar efetuar o lançamento de ofício para diversas irregularidades lançadas pelo sujeito passivo, inclusive falta de comprovação de pagamento de tributo declarado. O art. 90 em tela teve sua limitação imposta pelo art. 18 da Lei nº 10.833/2003, alterada pelo art. 25 da Lei nº 11.051/2004. O STJ firmou pacífica jurisprudência de que os valores lançados ou provisionados pelo contribuinte não podem ser objeto de lançamento de multa de ofício de 75%. Refere tais julgados e aduz que, em face da Lei de Introdução ao Código Civil, o destino da MP nº 75/2002 em nada altera a modificação introduzida no art. 90 da MP nº 2.158-35/2001.

i) Requer a realização de perícia para “comprovar que os recolhimentos foram realizados”, passando a relacionar os seguintes quesitos: 1) a Cofins lançada anteriormente a 5/11/2003 incorreu em decadência? Quais os valores?; 2) Na empresa há ICMS lançado nas notas fiscais de vendas e Conhecimento de Transporte de Cargas? E receitas do art. 3º da Lei nº 9.718/1998?

Pleiteia, por fim, o cancelamento do auto de infração.

A DRJ em Belém (PA) julgou procedente em parte a impugnação, excluindo do lançamento, por decadentes, os créditos tributários relativos aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2003, nos termos da ementa abaixo:

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

São improficuos os julgados judiciais trazidos pelo sujeito passivo, por lhes falecer eficácia normativa, na forma do artigo 100, II, do Código Tributário Nacional.

PROCEDIMENTO FISCAL. VÍCIO. INOCORRÊNCIA.

Inexiste nulidade em lançamento que se tenha revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, com as alterações da Lei nº 8.748, de 1993.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos normativos. A legislação regularmente editada goza de presunção de constitucionalidade e de legalidade.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. PRAZO DECADENCIAL.

Declarada a inconstitucionalidade dos textos normativos que estabeleciam o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições sociais e havendo sido proferida, pelo STF, a Súmula Vinculante nº 08, conclui-se que a contagem do prazo decadencial dessas espécies tributárias rege-se pelo disposto no CTN. Assim, na hipótese em que há recolhimento parcial antecipado, o prazo decadencial de cinco anos tem início na data de ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do Estatuto Tributário. De outro lado, não havendo qualquer pagamento, aplica-se a regra do artigo 173, inciso I, do mesmo diploma, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pela Cofins, inexistindo previsão legal para sua exclusão.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EFEITOS.

A denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN, somente é eficaz para afastar a incidência da multa de ofício quando acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora respectivos.

MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

A incidência de multa de mora e a exigência da taxa Selic, como juros moratórios, encontram supedâneo na legislação vigente, inexistindo qualquer vício no lançamento em face de os haver observado, no exercício de sua atividade vinculada, a autoridade fiscal.

PERÍCIA. REQUISITOS.

Deixa-se de acolher a perícia formulada quando não forem atendidos os requisitos normativos previstos no art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972. De outro lado, também se mostra irrelevante a produção de prova pericial quando presentes nos autos os elementos necessários e suficientes à dissolução do litígio administrativo.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, cujo teor é sintetizado a seguir.

Sustenta inicialmente com fundamento no arts. 150 e 116 do Código Tributário Nacional (CTN) que no julgamento de 1ª instância, houve erro na contagem do prazo decadencial. Nunca poderia computar-se o mês de novembro pela sua integralidade; isto porque a Recorrente recebera o Auto de Infração em 5 de novembro de 2008. Insiste que a contagem do prazo deve realizar-se dia a dia, e nunca computar o mês completo, como o quer o julgamento de 1ª instância, em total dissonância com os termos expressos do § 4º do artigo 150 do CTN.

Alega a nulidade do auto de infração em razão de vício na sua formalização. Aduz que para a validade do Mandado Fiscal de Procedimento não lhe bastará emití-lo; é preciso a observância das formalidades essenciais, que lhe garantam a sua eficácia, fato que não se verifica no presente caso.

Argumenta nulidade em face de erro no dispositivo normativo, uma vez que houve aplicação do artigo 106 do Código Tributário Nacional. A nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, não poderia alcançar a Recorrente, posto que o Auto de Infração se refere ao ano-calendário de 2003, bem anterior à Lei nº 11.488 de 2007.

No que tange à base de cálculo da Cofins, defende a tese de que a recorrente sujeita-se à substituição tributária nas operações interestaduais e que o julgamento de 1ª instância desconhece os procedimentos da fiscalização do ICMS.

O julgamento de 1º instância se omitiu na apreciação da inconstitucionalidade, quando deveria fazê-lo, pois cabe o exame da constitucionalidade pelo contencioso administrativo.

Sustenta, ainda, a nulidade do julgamento de 1ª instância por falta de realização da perícia e defesa oral, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Postula a aplicação do art. 112 do CTN, tendo em vista que houve erro na indicação da disposição legal infringida, bem como não foram analisados os fatos efetivamente ocorridos na empresa, limitando-se à realização da Fiscalização à distância, por simples inferências.

Em relação à multa de ofício, esclarece que a alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430 foi realizada pela Lei nº 11.488, de 2007, de modo que, em 2003, estava em vigor o artigo 44 da Lei nº 9.430, o § 1º, itens I, II, III e IV.

Defende a tese de que é inconstitucional a aplicação da multa com base no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, pois o fato gerador da Cofins, objeto do Auto de Infração, ocorrera no ano-calendário de 2003; assim não estava em vigor a alteração introduzida no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, Lei nº 11.488 de 15-06-2007. Reitera que houve erro no enquadramento legal da multa fiscal de 75%.

Repisa os argumentos referentes à decadência, sustentando basicamente que somente deve ser objeto de discussão o período posterior a 5 de novembro de 2003.

Explica que o lançamento a maior na contabilidade, ficha 26 da declaração do imposto de renda, em confronto com as DCTFs decorre de realização de provisão sobre o artigo 3º da Lei nº 9.718, por serem inconstitucionais.

Argumenta que o Imposto de Circulação de Mercadorias (ICMS) não deve ser fato gerador da Cofins, por violar o artigo 195, I, da Constituição Federal.

Alega que as multas e os juros não podem ultrapassar o principal sob pena de nulidade, por infringir os artigos 920 do Código Civil de 1916 e artigo 412 do novo Código Civil.

Reitera que não se justificam as multas de ofício e juros de mora, pois havendo DIPJ, não poderá ser-lhe aplicada multa de ofício de 75% como vem ocorrendo indevidamente.

No que se refere ao percentual da multa ofício, sustenta que os tributos provisionados na Declaração do Imposto de Renda e não pagos nos vencimentos não estão sujeitos ao lançamento de ofício da multa de 75%.

Requer a realização de perícia para comprovar que os recolhimentos foram realizados.

Para sustentar suas razões colaciona jurisprudências administrativas e judiciais.

Por fim, requer o provimento de seu recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto, dele tomo conhecimento.

As diversas matérias serão enfrentadas, na medida do possível, em consonância com as alegações apresentadas no recurso voluntário.

Decadência

A controvérsia cinge-se em examinar se a decadência alcançou o faturamento do período de apuração de 1 a 5 de novembro de 2013.

A tese da recorrente de erro na contagem do prazo para a decadência não pode prosperar.

O período de apuração da Cofins é mensal no termos da Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 2º. Insista-se que a contribuição incide sobre o faturamento mensal.

Assim sendo, todas as receitas do mês de novembro compõem a base de cálculo do tributo, não sendo possível segregar o faturamento referente ao período de 1 a 5 de novembro de 2013.

Nulidade do auto infração em razão de vício no Mandado de Procedimento Fiscal

A recorrente, em preliminar, sustenta também a nulidade do procedimento fiscal em face de vício na sua formalização.

Não assiste razão à recorrente, pois o MPF tem apenas a função de controle administrativo interno da instituição Receita Federal e não tem o condão de modificar a competência privativa do Auditor-Fiscal de efetuar o lançamento de ofício.

Por seu turno, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória nos termos do § único do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), isto é, quando o Auditor-Fiscal identificar uma infração à legislação tributária, ele tem o dever funcional de efetuar o lançamento correspondente a esta infração ou, no caso de ser incompetente para formalizar a exigência, representar para seu chefe imediato, que, por seu turno, adotará as providências necessárias para a constituição do crédito tributário.

Não se pode perder de vista que a exigência de crédito tributário por meio de lançamento de ofício deve observar os procedimentos previstos no Decreto nº 70.235/72, em especial os requisitos formais estabelecidos nos arts. 9 e 10. Do exame do lançamento em questão, constata-se que estes requisitos foram observados pela autoridade fiscal, de sorte que não há que se falar em nulidade do lançamento por eventuais vícios na emissão do MPF.

Cumpra-se observar que o descumprimento de comandos normativos em relação ao MPF, pode, em tese, configurar um ilícito funcional, todavia eventuais omissões ou incorreções não acarretam a nulidade do lançamento.

Em casos análogos, esta tese também foi acolhida, ainda que por maioria, em julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

(...)

NULIDADES. VICIO NO MPF.

A eventual irregularidade na emissão do MPF não induz a nulidade do ato jurídico praticado pelo Auditor-Fiscal, pois o MPF é mero instrumento de controle da atividade fiscal e não um limitador da competência do agente público.

(Câmara Superior de Recursos Fiscais, Segunda Turma, Processo nº 13819.001389/2001-27, Acórdão nº 02-03.717, de 27/11/2008)

MPF. NULIDADE. O desrespeito à previsão de indicação no MPF do período ou tributos fiscalizados não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores, porque Portaria do Secretário da Receita Federal não pode interferir na investidura de competência do Auditor Fiscal da Receita Federal de fiscalizar e promover lançamento, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional

(Câmara Superior de Recursos Fiscais, Primeira Turma, Processo nº 10235.000197/2005-08, Acórdão nº 9101-00.414, de 03/11/2009).

Outra questão relevante consiste em observar que no âmbito do processo administrativo fiscal as hipóteses de nulidade são tratadas de forma específica no art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

No caso vertente, nenhum dos pressupostos acima encontra-se presente, uma vez que o auto de infração foi lavrado por servidor competente e o inciso II aplica-se, apenas, aos casos de despachos e decisões, ressaltando que o auto de infração enquadra-se na categoria de atos e termos processuais prevista no inciso I do aludido artigo.

Em remate, rejeita-se a alegação de nulidade dos lançamentos de ofício por eventual vício no Mandado de Procedimento Fiscal.

Nulidade do lançamento – Erro na indicação de dispositivo normativo

A recorrente, argumenta a nulidade do lançamento em razão de erro no dispositivo normativo, uma vez que houve aplicação do artigo 106 do Código Tributário

Nacional. Sustenta que a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, não poderia alcançar a Recorrente, posto que o Auto de Infração se refere ao ano-calendário de 2003, bem anterior à Lei nº 11.488 de 2007.

A recorrente equivoca-se na interpretação do enquadramento legal.

Conforme se extrai dos autos de infração, segundo consta expressamente do demonstrativo de multa e juros de mora, o fundamento legal para o lançamento da multa de ofício de 75% foi o art. 44, inciso I da Lei 9.430/96 que em sua redação original estabelecia:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

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; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

(...) (Grifou-se)

Destarte, no caso vertente não se aplicou a nova redação do art. 44 da Lei 9.430/96 dada pela Lei nº 11.488, de 2007. Ademais, não há qualquer referência no auto de infração à Lei 11.488/2007 como quer fazer crer a recorrente.

Em remate, diferentemente do alegado, no caso em discussão, a situação fática subsume-se ao disposto no art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96 em sua redação original.

Nulidade do julgamento de 1ª instância – Falta de realização de perícia perícia e defesa oral.

A interessada sustenta, ainda, a nulidade do julgamento de 1ª instância por falta de realização da perícia e de defesa oral, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

A lei que disciplina o processo administrativo fiscal não prevê sustentação oral em sede de julgamento de 1ª instância. O art. 25, I, do Decreto 70.235/72, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e suas edições anteriores, dispõe que o julgamento em primeira instância, em relação aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A lei é clara, órgão de deliberação interna, portanto sem a participação da parte recorrente.

De outro giro, a interessada sustenta a nulidade da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento por cerceamento ao direito de defesa em face de que negou o pedido de perícia contábil expressamente formulado, e impôs que os documentos carreados não conferem prova suficiente do direito alegado.

Não merece prosperar essa tese. Ao contrário do alegado, o colegiado de primeira instância discutiu todas as teses necessárias e suficientes para a solução da lide administrativa, inclusive apresentou suas razões pelas quais a produção de prova pericial era desnecessária.

Ademais, os órgãos julgadores administrativos não estão obrigados a examinar as teses, em todas as extensões possíveis, apresentadas pelas recorrentes, sendo necessário apenas que as decisões estejam suficientemente motivadas e fundamentadas. Nessa esteira, o julgador não tem a obrigação de rebater, um a um, todos os argumentos apresentados pela interessada na impugnação.

Não se pode perder de vista que a decisão recorrida apreciou todas as questões relevantes necessárias a solução do litígio.

Como visto, no processo administrativo fiscal as hipóteses de nulidade são tratadas de forma específica no art. 59 do Decreto nº 70.235/72. De sorte que não ficou evidenciada a preterição do direito de defesa, tendo em vista que a decisão recorrida motivadamente demonstrou de forma clara e concreta as razões de julgar improcedente a impugnação. Por tais razões não há que se falar em nulidade da decisão guerreada por cerceamento de direito de defesa.

Base de cálculo contribuição – exclusão do ICMS.

A recorrente defende a tese de que não há incidência da Cofins sobre a parcela do ICMS.

Como relatado, essa matéria tem como controvérsia a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Para o período de apuração em discussão, segundo o código de receita dos débitos declarados, 2172, regime cumulativo, aplicavam-se os dispositivos da Lei 9.718/98:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei

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

(...)

Como mencionado no recurso da recorrente, as exclusões e deduções da base cálculo estão discriminadas no §2º e seguintes do art. 3º da Lei 9.718/98:

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

*I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o **Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte***

Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo; .(Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

V - a receita decorrente da transferência onerosa, a outros contribuintes do ICMS, de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Medida Provisória nº 451, de 2008) (Produção de efeito)

§ 3º Nas operações realizadas em mercados futuros, considera-se receita bruta o resultado positivo dos ajustes diários ocorridos no mês. (Revogado pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 4º Nas operações de câmbio, realizadas por instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil, considera-se receita bruta a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira.

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

*§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, **as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:** (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

c) deságio na colocação de títulos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - no caso de empresas de seguros privados, o valor referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de cosseguro e resseguro, salvados e outros ressarcimentos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

IV - no caso de empresas de capitalização, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de resgate de títulos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 7º As exclusões previstas nos incisos III e IV do § 6º restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I - imobiliários, nos termos da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - financeiros, observada regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - agrícolas, conforme ato do Conselho Monetário Nacional. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 9º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, as operadoras de planos de assistência à saúde poderão deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I - co-responsabilidades cedidas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

(...) Grifou-se

Com efeito, as exclusões da base de cálculo estão todas discriminadas na lei e para as pessoas jurídicas em geral o ICMS não faz parte desse rol, logo não pode ser excluído da base de cálculo da contribuição. Pontua-se que a norma estabelece a incidência da contribuição sobre o faturamento e não prevê esta exclusão.

Quanto às argumentações referentes ao conceito de faturamento com base nas regra estabelecida no artigo 195 da Constituição Federal, é importante consignar que a autoridade julgadora tem que observar o princípio da legalidade, não podendo negar aplicação à norma, de sorte que a restituição/compensação postulada carece de previsão legal.

Além disso, a esfera administrativa não pode apreciar eventual inconstitucionalidade de Lei, tendo em vista que o controle de constitucionalidade de normas é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle concentrado ou difuso.

Em relação a essa discussão, aplica-se a Súmula nº 02 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que uniformizou o seguinte entendimento:

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

Súmulas 2 do 1º e 2º CC

Tenha-se presente que a discriminação das exclusões e deduções da base cálculo da contribuição foi uma opção do legislador no período em referência, não sendo a seara administrativa o fórum adequado para questioná-lo.

Cabe, mais, acrescentar que a Lei estabelece que a exclusão do ICMS somente é permitida quando ele é cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça também consolidou esse entendimento nos termos da Súmulas 68 e 94.

Súmula 68 - A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS. (Súmula 68, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/1992, DJ 04/02/1993 p. 775)

Súmula 94 - A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial. (Súmula 94, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/1994, DJ 28/02/1994)

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal está apreciando esta matéria na ADC nº 18, no RE nº 240.785 e no RE nº 574.706/PR (sistemática de repercussão geral), salientando que não há uma decisão em definitivo sobre a questão.

De modo que, ao contrário do alegado, visto que o ICMS integra a base de cálculo da contribuição em referência.

Base de cálculo – artigo 3º da Lei nº 9.718/98

Explica que o lançamento a maior na contabilidade, ficha 26 da declaração do imposto de renda, em confronto com as DCTFs decorre de realização de provisão sobre o ICMS e artigo 3º da Lei nº 9.718/98, por serem inconstitucionais.

A referência ao artigo 3º da Lei nº 9.718/98 não será apreciada porque trata-se de alegação genérica, desprovida de fundamentação e principalmente de provas. A recorrente não especificou eventuais receitas que se enquadrariam no então § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (alargamento da base de cálculo a Cofins) e que compuseram a base de cálculo lançada de ofício.

Não há espaço no processo administrativo fiscal para a apresentação de alegações genéricas, pois incumbe à interessada demonstrar e comprovar o seu direito.

A propósito, Marcos Vinicius Neder de Lima e Maria Teresa Martinez López (in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 3ª edição – São Paulo: Dialética, 2010, p. 289) esclarecem:

O artigo 16 do PAF estabelece, ainda, em seu inciso III, como requisito da peça impugnatória, a menção aos motivos de fato e de direito, os pontos de discordância e as razões e provas que o contribuinte possuir. Assim se o contribuinte não questiona item por item da exigência fiscal, de forma direta e objetiva, corre o risco de ver sua pretensão indeferida por não estar instaurado o litígio. Impende observar que a matéria devolvida à instância julgadora é apenas aquela expressamente contraditada na peça impugnatória, ou seja, aquela em que está evidenciada, de maneira inequívoca a reação do contribuinte ao lançamento. É preciso, portanto demonstrar a intenção de impugnar. Não bastando contestar, de forma genérica, a autuação (negação geral) e pedir o cancelamento do lançamento."(grifou-se)

Ademais, o art. 333 do Código de Processo Civil preceitua que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Ora, tendo alegado que o seu crédito era maior que o apurado pela Fazenda Nacional, a recorrente tinha por obrigação

legal de juntar aos autos administrativos os respectivos documentos fiscais e contábeis que sustentariam seu direito.

Acréscimos legais – multa de ofício e juros de mora.

A recorrente sob os mais diversos argumentos contesta a aplicação multa de ofício e dos juros de mora.

No tocante à aplicação da multa de ofício, mais uma vez são improcedentes as alegações da interessada.

A requerente defende, entre outras teses, que neste caso concreto que as multas e os juros não podem ultrapassar o principal sob pena de nulidade, por infringir os artigos 920 do Código Civil de 1916 e artigo 412 do novo Código Civil.

Essa pretensão deve ser rechaçada porque o inadimplemento de obrigações tributárias tem regramento próprio. Assim sendo, não pode prosperar a alegação de que no caso concreto a aplicação da multa de ofício e dos juros de mora multa é limitada por outro diploma legal.

Outra tese que não merece guarita, é a de que havendo DIPJ, não poderá ser-lhe aplicada multa de ofício de 75%.

Repita-se que no caso em discussão, a situação fática subsume-se ao disposto no art. 44, da Lei nº 9.430/96, portanto não há que se falar em limitação do lançamento de multa de ofício.

Quanto à invocação do art. 920 do Código Civil de 1916, é importante destacar que a atividade da autoridade administrativa é vinculada, portanto constatada uma infração à legislação tributária, a autoridade administrativa tem o dever de constituir o crédito tributário por meio de lançamento de ofício e aplicar as penalidades previstas na legislação.

O não recolhimento da contribuição Cofins (base da autuação ora em comento) caracteriza uma infração à legislação tributária, sendo que a inobservância da norma jurídica importa em uma sanção, no caso, a constituição do crédito tributário por meio do lançamento efetuado pela autoridade fiscal e a aplicação da respectiva multa de ofício.

Com respeito ao questionamento dos juros de mora, também não assiste razão à recorrente. No caso vertente, os juros foram calculados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei 9.430/1996, “in verbis”:

Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

(...)

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º

(...)

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento. (Grifou-se)

Outrossim, a questão do cálculo dos juros de mora com base na taxa Selic é matéria já pacificada no âmbito deste Conselho nos termos da Súmula CARF nº 4, a saber:

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

Em remate, é mantida a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa Selic de acordo com a legislação mencionada.

Vale lembrar que a autoridade julgadora não pode afastar a aplicação de normas jurídicas, *in casu*, o § 3º do artigo 61 da Lei 9.430/1996 (juros de mora) e o art. 44, da Lei nº 9.430/96 (multa de ofício), pois o controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso, de tal sorte que a autoridade julgadora não pode se manifestar sobre a constitucionalidade ou legalidade destes diplomas legais.

Anote-se, ainda, que as jurisprudências administrativas e judiciais colacionadas no recurso voluntário não se constituem em normas gerais de direito tributário, e produzem efeitos apenas em relação às partes que integram os processos e com estrita observância do conteúdo dos julgados.

Nessa esteira, é sobremodo assinalar que deve ser indeferida a perícia requerida, uma vez que é desnecessária a sua realização ou apresentação de outras provas porque o processo encontra-se instruído com os elementos suficientes para formar a convicção do julgador.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes

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

Autenticado digitalmente em 12/03/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 12/03/2

014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES

Impresso em 09/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10283.721053/2008-58
Acórdão n.º **3801-002.833**

S3-TE01
Fl. 27

CÓPIA