



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

Processo nº 10380.009341/2005-90
Recurso nº 258246 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.573 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de agosto de 2010
Matéria COFINS
Recorrente ORGANIZAÇÃO COMERCIAL NOGUEIRA AGUIAR LTDA.
Recorrida DRJ-FORTALEZA/CE

Assunto: COFINS

Ano calendário: 2001, 2002, 2003

PROVA EMPRESTADA. DADOS EXTRAÍDOS DA DIPJ. POSSIBILIDADE

Indeferimento. A autoridade fiscal pode valer-se de provas produzidas pelo contribuinte na apuração de outros tributos.

BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da COFINS é a receita bruta auferida pela Pessoa Jurídica.

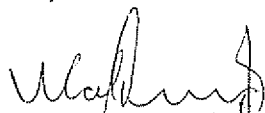
MULTA DE OFÍCIO DE 75%. JUROS DE MORA.

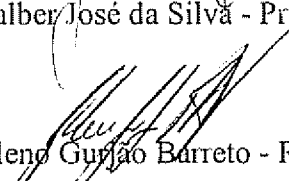
Incidência da multa nos termos da Lei nº 9.430/96, art. 44. e juros com base no art. 161, do CTN e na Lei nº 9.065/95, art. 1.

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


Gileno Gusão Barreto - Relator

EDITADO EM: 02/09/2010

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

Relatório

Adota-se o relatório presente no Acórdão nº 08-12.722, de 25 de janeiro de 2008 da DRJ – FORTALEZA/CE, transcrito na íntegra:

“Contra o sujeito passivo de que trata o presente processo foi lavrado o autos de infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 04/14, no valor total de R\$ 221.878,51, incluindo encargos legais.

De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 05/07, foi apurada a seguinte infração.

1. Cofins – Insuficiência de Recolhimento/Declaração em DCTF da Cofins

Insuficiência de recolhimento/declaração em DCTF da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, incidente sobre a receita bruta (receita de revenda de mercadorias e receita financeira) auferida pela empresa nos períodos abaixo, apurada a partir das Declarações do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – DIPJ, dos anos-calendário de 2001 a 2003. Da contribuição lançada foram deduzidos os valores pagos/declarados em DCTF.

Enquadramento legal, art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições; Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.

Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência em 10/10/2005, fls. 04, apresentou o contribuinte impugnação em 07/11/2005, fls. 78/93, contrapondo-se ao lançamento com base nos argumentos a seguir sintetizados.

Preliminarmente

Da Inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

A Requerente protesta e insurge-se contra as alterações processadas pela Lei nº 9.718/98, que veio alterar a Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991. Aludida lei ordinária encontra-se eivada de inconstitucionalidade, de ordem material e formal, por não revestir-se das condições constitucionalmente estabelecidas para veiculação de normas continentais de tal matéria, ferindo, outrossim, o princípio da hierarquia das leis.

Não bastasse, a mencionada lei logrou alterar o conceito de faturamento atribuído pelo Direito Privado, ofendendo o disposto no art. 110, do CTN

Dessa forma, é de se entender que a exação inserta no art. 3º da Lei nº 9.718/98 representa afronta ao art. 195, I, da Constituição Federal, na medida em que cria nova fonte de custeio da Seguridade Social através do meio formal impróprio (lei ordinária), incidente sobre receita que não se configura faturamento.

Do Direito.

Convém lembrar que o Auto de Infração lavrado contra a Requerente reporta-se a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2001/2002/2003, no qual a autoridade fiscal, talvez no afã de constituir o crédito tributário, interpretou e adotou como sendo as bases de cálculo de cada mês os valores brutos das receitas registradas pela empresa fiscalizada nesses exercícios sob verificação fiscal, a par de informações das saídas de mercadorias levantadas nos Livros de Apuração do ICMS, não tendo, por conseguinte, essa autoridade fiscal considerado que a empresa autuada tinha o direito de deduzir as parcelas do ICMS - substituição tributária, onde a mesma figura como contribuinte substituto do ICMS. Foram consideradas, portanto, como sendo as bases de cálculo da COFINS os valores brutos das receitas auferidas em cada mês sem se proceder às exclusões previstas na legislação dessa contribuição. Isto, portanto, é o que se depreende dos fatos narrados pelo agente fiscal no Auto de Infração em lide.

Dessa forma, emerge do Auto de Infração em comento que a alegação do auditor fiscal autuante se apoia na simples presunção de que as bases de cálculo apuradas pela empresa encontravam-se aviltadas, pelo que se deduz do delineado nas folhas de continuação do Auto de Infração da COFINS.

Com efeito, essa autoridade equivocou-se ao autuar a requerente, mormente por não tendo analisado os demais livros/documentos da fiscalizada, como o Livro de Registro de Saída de Mercadorias, Apuração do ICMS e os DAE's (guias de recolhimento do ICMS), correspondentes ao ICMS em que a Requerente figura como contribuinte substituto, bem assim as Notas Fiscais de Saída pela venda de mercadorias, que testificam a autenticidade das operações de substituição tributária, vindo dessa forma assegurar que a empresa não estava sujeita ao pagamento da COFINS na forma apontada no Auto de Infração.

Força é notar, outrossim, que ao se compulsar o Auto de Infração in casu, percebeu-se que ocorreu um insuperável equívoco por ocasião da apuração das bases de cálculo dessa contribuição, cujos dados foram extraídos da simples manipulação do Livro de Apuração do ICMS. Isto porque o Auditor-Fiscal lançou mão de informações contidas no Livro do ICMS para evidenciar o cometimento de uma determinada infração mas não as considerou para fins de uma investigação minuciosa acerca da conduta tida como infracional, e, conseqüentemente, para apuração das efetivas bases de cálculo da COFINS.

(...)

Da Capacidade Contributiva.



Em conclusão, o que se acaba de verificar é que o lançamento em lide também fere o princípio da capacidade contributiva, eis que a Requerente não tem aptidão de suportar a carga tributária imposta pela fiscalização federal neste procedimento de ofício, mormente porque auferiu prejuízo contábil no ano sob fiscalização. O respeito à capacidade contributiva, como regra genérica e fundante do sistema tributário, é princípio de natureza jurídica, porque regente das relações entre o Fisco e o sujeito passivo da obrigação tributária.

Indiscutível é que o princípio da capacidade contributiva é uma derivação do princípio da igualdade, um subprincípio deste, correspondente a uma das expressões da isonomia no campo dos impostos.

Como princípio do sistema tributário, a capacidade contributiva considerada deve gozar dos atributos da efetividade e da atualidade. A primeira exige que a capacidade contributiva seja concreta, real, e não meramente presumida ou fictícia. A atualidade, por sua vez impõe que a lei incida no momento da ocorrência do fato revelador da capacidade contributiva, e não posteriormente - o que conduziria à sua retroatividade, não autorizada constitucionalmente.

A alusão constitucional à capacidade contributiva não se resume ao preceito contido em seu art. 145, § 1º. Diversos dispositivos do Texto Fundamental prestigiam tal idéia mediante outros institutos, como, por exemplo, a vedação da utilização de tributo com efeito de confisco (art 150, IV). Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório como o foi neste procedimento.

Do Princípio da Instrução Probatória Ampla, Regular e Pertinente.

Ampla instrução probatória significa que a busca da verdade material deve ser cercada de intenso impulso do fisco e do fiscalizado, no sentido de demonstrar, inequivocamente, a ocorrência do fato jurídico tributário e o cumprimento efetivo das obrigações tributárias de parte a parte, respectivamente.

A amplitude do exercício das competências do agente fiscal e a necessidade da demonstração da ocorrência do fato jurídico tributário, todavia, não podem ser realizadas a custa do sacrifício dos principais regedores da ação administrativa - Legalidade, Finalidade, Motivação, Publicidade, Razoabilidade e Proporcionalidade - para ficar nos principais, e nem com desrespeito aos direitos constitucionais do fiscalizado, verdadeiras garantias contra atos de arbitrariedade há séculos rechaçados pela consciência do povo. A obediência desses limites à ação fiscalizatória denominamos de regular instrução probatória.

O agir fiscal somente se pode dar nas balizas do que constitui o escopo do procedimento fiscalizatório. Significa dizer que o procedimento fiscalizatório não se constitui em um agir descoordenado, desorientado, tormentoso, secretamente traçado pelo agente fiscal e com vistas a um fim incerto e indeterminado. O princípio da objetividade exige-lhe o desenhar perfeito das

condutas que se seguirão e a regra da pertinência, integrante do princípio ora exposto, impõe-lhe indeclinavelmente a estrita obediência ao mapa de ação previamente traçado e para o qual o fiscalizado se encontra preparado.

A conjugação dos comandos de que a instrução probatória deve ser ampla, regular e pertinente constitui os densos e intransponíveis conteúdos do princípio em comento. Não se pretende, neste azo, estudar as provas em si, mas o seu meio de obtenção, produção e reconhecimento.

Insta esclarecer que não é suficiente tomar genérica a fiscalização de um tributo ou contribuição. É preciso individuar claramente para que possa realizar o contraste do agir com os princípios e as regras de Direito Administrativo.

Das Penalidades.

Em que pese à aplicação de penalidades, a Requerente também contesta tal procedimento, eis que inexistindo o valor principal da obrigação tributária, também passará a inexistir a multa proporcional ao tributo/contribuição. Ademais, quanto à aplicação dos juros moratórios, sob o mesmo prisma, estes não incidirão se ficou comprovada a inexistência do valor original da obrigação tributária.

E como se não bastasse, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a Taxa SELIC é inconstitucional e que a sua adoção para fins tributários é inaceitável (ementa do Acórdão RESP 215881/PR transcrita às fls. 89/91).

Verifica-se ainda que, todos os acréscimos e demais incidências que digam respeito à tributação devem ser submetidos ao crivo do princípio da legalidade. Com isso, as multas fiscais, a correção monetária e os juros devem ser regulados por lei.

Com efeito, o parág. 1º, do art. 161, do Código Tributário Nacional reza: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês". A Lei nº 9.250/95 determina que a SELIC será utilizada como taxa de juros, no entanto, essa taxa não foi criada por lei, ou seja, a SELIC é um instrumento hábil para o mercado financeiro, mas não para matéria tributária, em face do princípio da legalidade (entendimento de de Ives Gandra da Silva Martins transcrito às fls. 92).

Do Pedido.

Diante da fundamentação exposta na presente defesa, improcedência dos Autos de Infração ora vergastados uma vez que ficou provada a insustentabilidade do lançamento tributário na forma concebida pelo agente autuante.

Face aos argumentos expostos, vem a Impugnante requerer que se julgue procedente a presente IMPUGNAÇÃO, declarando inconsistente a autuação

versgatada, e indevida a contribuição cobrada e, por conseguinte, os acréscimos relativos à Multa e Juros Moratórios.

A defesa requer ainda o direito de provar os fatos alegados por todos os meios admitidos em direito, especialmente a juntada posterior de documentos, diligências, perícias, e tudo o mais que se faça necessário, ficando de já requerido. Por esta razão, as autuações ora impugnadas firmam-se inconsistentes e desprovidas de qualquer embasamento legal."

Por meio do Acórdão nº 08 - 12.722, fls. 97 a 109, a DRJ/Fortaleza decidiu, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de ressarcimento e não homologar a compensação pleiteada.

Em apertada síntese, a decisão rechaçou preliminarmente o pedido de diligência feito pela requerente, alegou que este não é necessário à análise da lide e que não se enquadra nos requisitos estabelecidos no artigo 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.

Ainda em sede preliminar restringiu-se a DRJ/ Fortaleza em esclarecer que não cabe às Turmas de Julgamento integrantes de órgãos do Poder Executivo a apreciação de constitucionalidade das normas por tratar-se de matéria reservada ao Poder Judiciário.

No mérito, afastou o argumento da contribuinte de que o Fisco utilizou o livro de apuração do ICMS para a apuração da base de cálculo da COFINS, defendendo que o lançamento tomou por base a declaração de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica, apresentada pela própria contribuinte, e que se houvessem erros na apuração caberia a defesa na peça impugnatória apresentar documentos que comprovassem o erro, o que alegou não ter sido feito.

Afirmou que os princípios da capacidade contributiva e do não confisco suscitados pela contribuinte estão direcionados ao legislador e não à administração tributária, que indiretamente se submete a estes em razão do princípio da legalidade.

Colocou que a multa de ofício lançada tem embasamento legal no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96 com taxa prevista no artigo 161 do CTN e que a contribuinte não comprovou o afastamento de sua aplicação.

Por fim afirmou que as decisões administrativas colacionadas pela recorrente não tem força normativa, possuem apenas eficácia restrita aos casos em que foram proferidas.

Por meio do Aviso de Recebimento de fls. 114, datado de 25/02/08, a requerente tomou ciência da decisão supracitada, o que motivou a interposição de recurso voluntário na data de 24/03/08, de fls. 115 a 120.

Em seu recurso, a requerente defendeu que o auto de infração da COFINS foi concebido a partir de supostas diferenças apuradas entre a receita adotada pela fiscalização e os valores declarados pela recorrente, sem considerar peculiaridades fiscais e a exclusão das parcelas de ICMS, cuja inobservância acabou por majorar a base de cálculo o que levou o fiscal a presumir que a empresa teria recolhido a menor os valores relativos à contribuição.

Argumentou que a matéria tributária já fora exaustivamente debatida, e por razão de economia processual, sustenta as mesmas alegações oferecidas na peça de impugnação já descritas. Requereu o cancelamento do lançamento, procedimento pericial, e possibilidade de juntada posterior de documentos.

É o relatório

Voto

Conselheiro Gileno Gurjão Barreto, Relator

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele o conheço.

Em apertada síntese, a questão tratada no caso em tela refere-se à base de cálculo de COFINS, uma vez que a contribuinte entende que o valor tributável no caso é o valor da receita bruta deduzidas as parcelas de ICMS, enquanto que o acórdão atacado defende que a incidência de COFINS seria sobre a receita bruta da venda de mercadorias. Bem como existe divergência entre contribuinte e DRJ no que tange a aplicação da multa de ofício e da taxa de juros aplicável.

I. Da Inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98

Ressalvada a opinião deste julgador, qualquer que seja ela, no caso concreto, e até que haja solução definitiva sobre a pretensa declaração de inconstitucionalidade por parte do Egrégio STF, não há outra solução a não ser cumprir a determinação jurisprudencial, além de acatar de pleno a Súmula no. 2 desse Conselho, litteris:

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

II. Do Pedido de Diligência

Na apuração da COFINS a autoridade fiscal pode valer-se de provas produzidas pela contribuinte na apuração de outros tributos. A recorrente não apresenta provas de que são equivocadas as informações utilizadas para a apuração do tributo em questão, portanto, tenho por suficientes as informações presentes nos autos para a definição da base de cálculo da COFINS e indefiro o pedido de produção de prova pericial.

III. Base de Cálculo

Inexiste previsão legal para exclusão das parcelas de ICMS da base de cálculo da COFINS, assim sendo, a receita bruta será a base para o cálculo da COFINS. Colaciona-se texto da Constituição Federal, em seu artigo 195, I, b, transcrito abaixo:

“Art. 195 A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:



a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro. " (grifo meu)

Cabe ainda ressaltar artigo 3º, da Lei nº 9.718/98:

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

Em nosso entender, portanto, é correto o critério adotado pela autoridade fiscal para apuração da base de cálculo.

IV. Da Multa de Ofício e dos Juros

Quanto à multa de ofício, adoto o entendimento da DRJ, no sentido de que incide a multa com base no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

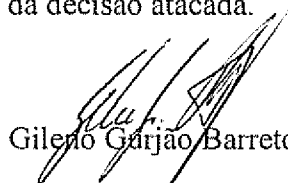
"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

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; (..)"

No tocante à taxa de juros aplicável, também adoto o entendimento do Acórdão recorrido, no sentido de que o entendimento mais adequado seria aplicação da taxa SELIC para o cálculo dos juros, com base nos dispositivos legais do artigo 161 do Código Tributário Nacional e artigo 13 da Lei nº 9.065, de 1995.

V. Conclusão

Ante o exposto, voto em negar provimento ao presente recurso, mantendo na íntegra os efeitos da decisão atacada.


Gileno Góes Barreto