



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

Processo nº 10580.732653/2010-10
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Resolução nº **3302-000.260 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 27 de novembro de 2012
Assunto Sobrestamento do recurso
Recorrentes RODOVIÁRIO RAMOS LTDA.
FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em sobrestar o julgamento do recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva – Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco – Relator

Editado em 30/11/2012

Participaram da presente resolução os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Fábila Regina Freitas.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício e recurso voluntário (fls. 1682 a 1751, 1759 a 1762 e 1763 a 1832) - este último apresentado em 15 de fevereiro de 2012 - contra o Acórdão nº 15-29.446, de 17 de janeiro de 2012, da 4ª Turma da DRJ/SDR (fls. 1659 a 1681), cientificado em 02 de fevereiro de 2012, que, relativamente a auto de infração de Cofins e PIS não-cumulativos dos períodos de janeiro a dezembro de 2008, considerou a impugnação procedente em parte, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Período de apuração: 31/01/2008 a 31/12/2008 PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

Deve ser negada a solicitação de diligência considerada desnecessária à solução do litígio.

NULIDADE.

As arguições de nulidade do auto de infração só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Período de apuração: 31/01/2008 a 31/12/2008 INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. DIREITO DE CRÉDITO. INSUMOS UTILIZADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

Não geram crédito para efeito do regime não-cumulativo da Cofins os gastos relativos a rastreamento de veículos e cargas e a seguros de qualquer espécie, uma vez que estes itens não configuram serviços aplicados ou consumidos na prestação de serviço de transporte rodoviário de carga.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

A base de cálculo da Cofins é o faturamento, admitidas apenas as exclusões previstas em lei. Inexistindo autorização expressa da lei para exclusão do valor do ICMS, deve esse imposto compor a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Período de apuração: 31/01/2008 a 31/12/2008 MULTA QUALIFICADA. CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DA AUTORIDADE LANÇADORA.

Incabível o lançamento de multa qualificada sem a demonstração das condutas típicas previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte O auto de infração foi lavrado em 07 de dezembro de 2010, de acordo com o termo de fls. 44 a 47.

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins relativa aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 2008.

No “Termo de Verificação Fiscal”, a autuante informa que a empresa fiscalizada exerce a atividade operacional de administração logística de estoque de terceiros, armazenagem, distribuição e transporte multimodal de cargas em geral, de produtos farmacêuticos e farmoquímicos, municipal, intermunicipal, interestadual e internacional, franquia empresarial e consultoria e gestão empresarial nas áreas comercial e de esportes em geral.

A partir dos documentos apresentados pela empresa em atendimento às diversas intimações feitas pela fiscalização, constatou-se que os lançamentos contábeis efetuados em contas de resultado possuem o mesmo histórico, qual seja, “Lanço. Nessa Data”, e ante a impossibilidade de identificação dos beneficiários dos desembolsos feitos, foram solicitados relatórios auxiliares identificando os lançamentos do razão, os beneficiários dos pagamentos, segregação dos pagamentos feitos a pessoa física, bem como os pagamentos efetuados que guardam relação direta com a atividade operacional da fiscalizada, acompanhados dos respectivos comprovantes (documentos de pagamentos).

A análise dos documentos apresentados pela contribuinte ensejou as seguintes constatações pela fiscalização:

a) DIPJ 2009 A fiscalizada adotou como forma de tributação o Lucro Real, estando, assim, sujeita à apuração e recolhimento da Cofins e do PIS com base na não cumulatividade; b) DACON 2008 A RFB recebeu em 21/07/2010 demonstrativos retificadores correspondentes ao período fiscalizado, quando a contribuinte já se encontrava sob ação fiscal; c) DCTF 2008 Também quando a contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, foram recebidas declarações retificadoras relativas ao período de janeiro a maio de 2008 e declarações originais relativas ao período de junho a dezembro de 2008: em 02/07/2010, relativas a janeiro e fevereiro de 2008; em 05/07/2010, relativas ao período de março a agosto de 2008; e em 06/07/2010, relativas ao período de setembro a dezembro de 2008.

d) Demonstrativos de apuração dos créditos de PIS e Cofins de 2008 Os demonstrativos apresentados revelam que a fiscalizada utilizou a integralidade dos seus gastos, mês a mês, como base de cálculo dos créditos do PIS e da COFINS no período, ignorando os dispositivos legais que estabelecem normas e critérios para o cálculo dos referidos créditos.

Desta forma, segundo a autuante, a fiscalizada, em total desatenção aos dispositivos legais de regência do PIS e da Cofins não cumulativos, (i) creditou-se de gastos com remuneração aos seus funcionários, remuneração a contador, advogado, pagamentos diversos a pessoas físicas, dentre outros gastos não sujeitos ao crédito do PIS e da Cofins;

(ii) ignorou o que preceitua o artigo 31 da Lei nº 10.865, de 30 de abril

de 2004, que estabelece que o crédito do PIS e da Cofins só pode ser calculado sobre a depreciação/amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos a partir de 30 de abril de 2004; (iii) também não procedeu ao cálculo do crédito presumido do PIS e da Cofins em relação aos pagamentos efetuados aos carreiros pessoa física, tendo se apropriado integralmente dos gastos.

Diante dos inúmeros créditos indevidos de PIS e Cofins utilizados pela fiscalizada no ano calendário de 2008, a autuante elaborou planilha demonstrativa de glosa de créditos, mês a mês, partindo dos valores informados pela fiscalizada nos DACON entregues e abatendo aqueles indevidamente considerados.

Com base nos novos números apurados de créditos do PIS e da Cofins, verificou-se insuficiência de recolhimento e declaração das contribuições, ensejando, assim, a lavratura do Auto de Infração ora em litígio.

Sobre os valores lançados no Auto de Infração, a autuante aplicou a multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), em face do que preceitua o artigo 44, I e §1º da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com o art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, por entender ser incontestável que a contribuinte, a despeito de toda a assessoria jurídico-contábil que dispõe, ignorou os dispositivos legais de regência da matéria com a intenção de se eximir da tributação a ela imposta pela legislação fiscal, deixando de declarar e recolher a Cofins e a contribuição para o PIS devidas no período fiscalizado.

Por fim, informa a autuante que foi efetuada Representação Fiscal para Fins Penais, considerando o que determina o art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, que trata de crimes contra a ordem tributária.

Cientificada do lançamento, a contribuinte apresenta impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

1. Não se consegue entender exatamente a razão da autuação, pois o Auto de Infração em tela, além de totalmente lacônico em termos de motivação e fundamentação, foi lavrado sem o necessário Relatório Fiscal, mínimo ou exíguo que fosse, configurando o inexorável cerceamento do direito de defesa; 2. Chocada com a ausência do Relatório Fiscal, a impugnante ainda procurou, nos outros itens do Auto de Infração, qualquer descrição, explicação ou indicação, ainda que mínima, acerca dos motivos da autuação em tela, ou ainda de seus eventuais fundamentos técnico-jurídicos, mas sem sucesso, não sabendo, até o presente momento, os motivos que levaram a auditora fiscal a lavrar o Auto de Infração, sendo nítida, portanto, a sua nulidade, por faltar-lhe elemento essencial; 3. De qualquer forma, fazendo um grande cerebrino, ou melhor, um esforço criativo, a impugnante pode apenas imaginar, mas não saber ao certo, que a falta/insuficiência de recolhimento da Cofins aludida no Auto de Infração decorreria da suposta glosa de créditos que haviam sido legitimamente tomados pela empresa; 4. Mesmo que venha a se revelar correta a adivinhação feita pela impugnante, e que realmente se trate da glosa de créditos que a fiscalização entendeu serem indevidos, ainda assim essa assertiva não é, nem de longe, suficiente para

Documentos assinado digitalmente com **constituir a motivação de um ato administrativo, especialmente de um**

Autenticado digitalmente em 02/12/2012 por JOSE ANTONIO FRANCISCO, Assinado digitalmente em 02/12/20

12 por JOSE ANTONIO FRANCISCO, Assinado digitalmente em 03/12/2012 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 01/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Auto de Infração, pois, ainda que no Auto de Infração constasse (e não consta!) a afirmação de que se trataria da glosa de créditos indevidos, essa mera alegação não tem o condão de explicar os motivos fáticos e as razões técnico-jurídicas que levaram a essa suposta glosa de créditos; 5. As planilhas elaboradas pela autuante apresentam somente cálculos matemáticos, e nelas constam apenas os nomes das contas contábeis, com a indicação numérica dos valores utilizados pela empresa como crédito e se tais valores foram glosados ou "acatados" pela fiscalização; 6. Tomando-se como exemplo a conta 4.3.1.06.099 (comunicação externa), há na planilha simplesmente a indicação da conta, a informação de que a impugnante utilizou-se de R\$64.920,45 como crédito, integralmente glosado pela fiscalização, mas o porquê da glosa não se sabe, por qual razão e por qual motivo todos os créditos utilizados teriam sido considerados indevidos, não havendo qualquer explicação ou motivação e nem mesmo indicação de dispositivo de lei; 7. Há situações em que o cerceamento de defesa é ainda mais grave, como, por exemplo, quanto à conta 4.1.2.04.001, em que apenas parte dos créditos foi glosada, mas considerando-se que nessa mesma conta há inúmeros lançamentos contábeis, não pode a impugnante saber quais desses lançamentos foram glosados e quais foram acatados; 8. Há, inclusive, mais de uma conta em que a fiscalização, ao que parece, aceitou, para alguns meses, a integralidade dos créditos tomados pela impugnante e, em outros, glosou totalmente créditos de mesmissima origem; 9. Também é importante destacar que, intimada em 07/12/2010 acerca da lavratura do Auto de Infração, a impugnante, na desesperada tentativa de encontrar os subsídios que teriam, em tese, embasado a autuação, diligenciou perante a Receita Federal do Brasil RFB em Salvador/BA visando ter acesso aos autos do respectivo Processo Administrativo Fiscal –PAF; 10. Em um primeiro momento, poucos dias após o recebimento do Auto de Infração, o escritório de advocacia que defende a impugnante, situado em São Paulo/SP, enviou estagiário de Direito, devidamente identificado e portador de substabelecimento com poderes específicos para acesso aos autos e obtenção de cópias, e embora o funcionário da RFB tivesse em mãos um CD com a cópia completa do PAF, o seu fornecimento ao mencionado estagiário foi vedado, sob a alegação de que seria necessária a apresentação de procuração firmada por instrumento público, nos termos do art. 5º, caput, da Medida Provisória nº 507, de 2010, e do art. 7º da Portaria RFB nº 2.166, de 2010, exigência essa inaplicável aos advogados por força de liminar conferida em Mandado de Segurança impetrado pelo Conselho Federal da OAB; 11. Embora discordasse dessa esdrúxula exigência, em especial no presente caso, em que corria o prazo para apresentação de impugnação, não lhe restou alternativa senão enviar um advogado, de São Paulo para Salvador, a fim de ter acesso ao Processo Administrativo, diligência, entretanto, mais uma vez frustrada, pois o advogado esteve na Receita Federal no dia 23/12/2010 e foi surpreendido com a informação de que seria necessário o "agendamento de vista", devendo aguardar até o dia 30/12/2010 para ter acesso aos autos, como se nota do anexo "Protocolo do Contribuinte"; 12. Ora, se já existia cópia digital do PAF, disponível instantaneamente aos funcionários com acesso ao sistema da RFB, qual teria sido a razão para se impedir a entrega de

um CD ao advogado representante da impugnante, no próprio dia 23/12/2010?;

13. Assim sendo, somente em 30/12/2010 a impugnante conseguiu ter efetivo acesso ao Processo Administrativo que tramita contra si, ou seja, sete dias antes do término do prazo para apresentação da impugnação, o que, sem dúvidas, prejudicou enormemente a sua defesa; 14. Não há qualquer justificativa para que tenha sido postergado o acesso da impugnante às cópias do PAF em questão, parecendo-lhe que a RFB, deliberadamente, dificultou o seu acesso no intuito de restringir a sua defesa, tratando-se, portanto, de típica, porém inadmissível, arbitrariedade e violação dos Princípios Constitucionais aplicados à Administração Pública, previstos no caput do art. 37 da Carta, em especial o da publicidade, o da moralidade e os da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, bem como no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999; 15. Pelo exposto, percebe-se que não foi apenas reprovável, mas também absolutamente ilegal e inconstitucional, a restrição ao direito da impugnante de ter acesso ao Processo Administrativo e obter cópias dos seus termos, transcrevendo doutrina e jurisprudência que corroborariam seus argumentos; 16. Por essas razões, há de se devolver o prazo de 30 dias para que a impugnante apresente nova impugnação, havendo, no mínimo, de se reabrir o mencionado prazo por 23 dias, número de dias durante os quais a impugnante não foi permitido ter acesso aos autos, caso contrário restará cristalizada insanável nulidade do Processo Administrativo, que certamente será declarada pelo Poder Judiciário, o que fará todo o procedimento voltar ao seu início; 17. Quanto ao mérito, a legislação federal brasileira obriga que as empresas transportadoras façam contratos de seguro em relação a toda a sua operação, e conforme dispõe o art. 21 da Lei nº 11.442, de 2007, de forma clara e expressa, o não cumprimento dessa determinação implica até mesmo no cancelamento da inscrição da empresa; 18. Como consequência dessa obrigação legal, tem-se que a contratação de seguros por parte das transportadoras é um "custo obrigatório", sendo que as seguradoras, para considerarem a celebração de contrato, exigem das transportadoras, por exemplo, a contratação de serviços de rastreamento de veículos, de escolta para transporte de determinadas mercadorias, contratação de vigilantes, etc.;

19. Logo, para que uma transportadora possa dar integral cumprimento aos ditames da Lei nº 11.442, de 2007, necessariamente tem que arcar não só com os custos diretamente decorrentes dos contratos que terá de firmar com as seguradoras, mas também cumprir todas as exigências complementares, que implicam em custos adicionais e obrigatórios; 20. Por conseguinte, em se configurando que tais custos não são opcionais, e por fazerem parte daqueles custos direta e indissociavelmente ligados à operação da empresa, tem-se que eles deveriam, sem sombra de dúvidas, gerar créditos de PIS e de Cofins para tais empresas, mas pelo que se pode perceber do incompleto, desmotivado e confuso Auto de Infração, teria a fiscalização glosado todos os créditos utilizados pela impugnante, entre outros, de "Seguro de Cargas Responsabilidade Civil", "Desvio de Cargas", "Seguro de Transporte Aéreo de Carga", "Seguro de Cargas em Terminal", "Seguro da Frota contra Terceiros", etc., e todos os

custos inerentes ao cumprimento das exigências feitas pelas seguradoras; 21. Os custos com tais seguros estão inseridos diretamente no preço do frete e destacados nos próprios Conhecimentos de Transporte emitidos pela impugnante, o que demonstra que tais valores sequer poderiam ser considerados como receita pura e simples da auçada; 22. Dentre os custos decorrentes de exigências dos contratos de seguros e de gerenciamento de riscos impostos pelas seguradoras como parte do contrato de seguro, a impugnante destaca não só os rastreadores dos veículos instalados em toda a frota, como também escolta armada e vigilantes e porteiros especialmente treinados, mostrando-se sem nenhum fundamento jurídico a aparente e injustificada glosa de créditos relativos aos lançamentos a título de "Escolta de Cargas", "Rastreamento Rodoviário de Cargas", "Manutenção de Equipamento de Rastreamento", "Mão de Obra Rastreamento", "Rastreamento Urbano de Cargas", etc., os quais também são destacados no Conhecimento de Transporte como custos que compõem o valor do frete cobrado; 23. A partir de verdadeira "sessão de clarividência", foi possível imaginar que talvez até mesmo créditos de PIS e Cofins relativos a despesas flagrantemente operacionais, ou de insumos, foram indevidamente glosadas, como, por exemplo, as contas contábeis de leasing, em que, nos meses de abril, maio e junho de 2008, todos os créditos tomados pela impugnante em suas 8 contas foram acatados, com exceção da conta "4.31.08.015 Leasing Computadores"; 24. Por meio da análise da já mencionada e malsinada "tabela de glosas" acostada ao presente feito, imagina-se que a fiscalização acatou a integralidade dos créditos tomados pela impugnante em relação aos "Transportes Fluviais", mas os créditos tomados em relação a "Balsas e Pedágios" teriam sido aparentemente glosados pela fiscalização, sem nenhuma explicação, embora as razões para uso de balsas sejam exatamente as mesmas para uso do transporte fluvial, estando os créditos de PIS/COFINS a eles referentes contabilizados separadamente apenas por questões de controle interno da empresa; 25. Em relação às despesas com pedágios, a impugnante entende que sequer haveria o que ser discutido quanto à inafastável conclusão de que tais despesas devem gerar créditos de PIS/COFINS para as transportadoras, pois são essenciais, obrigatórias e impossíveis de serem contornadas ou não pagas; 26. Fazendo-se um hercúleo esforço interpretativo, pode-se perceber a glosa de créditos tomados em relação às despesas com manutenção da sua frota de caminhões, conforme inúmeras "contas contábeis" mencionadas na suposta "tabela de glosas", como, por exemplo, a de "Pneus e Câmaras Col/Ent", "Manutenção e Equipamento de Rastreamento Rodoviário", "Manutenção Preventiva de Frota Operacional", "Manutenção Corretiva de Frota Operacional", "Material de consumo da Oficina", etc., as quais, bem como as assemelhadas a elas que também tiveram os créditos de PIS e Cofins glosados, se referem às despesas que a empresa incorre para conseguir manter em operação seus veículos; 27. Outra glosa que parece ter sido feita sem maiores explicações por parte da fiscalização foi a de créditos referentes aos "Impressos Legais", que são documentos cuja emissão é obrigatória por lei, como, por exemplo, formulários de Conhecimento de Transporte, Manifestos de Carga e Ordem de Coleta, que têm que acompanhar todo e qualquer frete feito pela impugnante, tratando-se de documentação legalmente exigida e sem a qual o

transporte não pode ser feito; 28. Se a emissão de documentos é feita em cumprimento à rigorosíssima legislação aplicável à hipótese, é decorrência lógica que a impugnante incorre em despesas para viabilizar sua operação, que não são opção da impugnante e, portanto, geram créditos de PIS e Cofins, não se podendo admitir que tais créditos sejam glosados pelo Fisco Federal de forma arbitrária, injustificada e desmotivada; 29. A impugnante imagina, ainda, que a fiscalização tenha incluído na base de cálculo da Cofins supostas receitas que, na verdade, se referiram a “descontos incondicionais” concedidos a seus clientes, o que pode ter ocorrido, talvez, por terem sido contabilizados sob a nomenclatura “Desconto sobre Duplicatas”, por uma questão operacional específica do ramo de atuação da impugnante; 30. Sempre que é contratada por algum cliente para efetuar a entrega de determinado bem, a empresa tem, necessariamente, que expedir o “Conhecimento de Transporte”, no qual estará descrito o valor do frete contratado, o peso e/ou a cubagem da mercadoria a ser entregue, etc., mas ocorre que, por vezes, o cálculo desse peso/cubagem é feito ou lançado de forma equivocada, acabando por gerar no Conhecimento de Transporte um valor de frete superior àquele que efetivamente seria devido pelo contratante do serviço, equívoco somente constatado no momento da entrega da mercadoria, após a checagem do peso/cubagem, quando se verifica que, de fato, o valor do frete foi lançado a maior no Conhecimento de Transporte, não havendo outra forma de ajustar tal valor senão pela concessão de “desconto incondicional”, que, na verdade, é um ajuste de preço concedido ao contratante na própria duplicata, até porque o cálculo do frete fora indicado erroneamente e não pode o cliente pagar além do que realmente seria devido; 31. Essa especificidade atinente ao ramo de negócio da impugnante não pode, de forma alguma, tornar inaplicável a ela o disposto no art. 1º, §3º, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 10.833, de 2003; 32. Para comprovar a situação aqui descrita, a impugnante anexa documentos que demonstram toda a troca de correspondências e informações, bem como de todo o processo interno que leva à conclusão de que o valor do frete consignado no Conhecimento de Transporte foi lançado a maior do que o devido, sendo necessária a concessão de um abatimento em função da correção do valor final do frete; 33. Assim sendo, também os valores referentes aos descontos incondicionais concedidos pela impugnante, ainda que sob a classificação contábil de “Descontos sobre Duplicatas”, devem ser excluídos da base de cálculo da Cofins que está sendo cobrada nestes autos; 34. A multa punitiva aplicada pela auditora-fiscal, em função provavelmente dessa divergência de interpretação que a impugnante está a imaginar, foi fixada no absurdo percentual agravado de 150%, para o qual, entretanto, somente há autorização legal quando houver fraude ou sonegação fiscal, o que definitivamente não se configurou no presente caso; 35. Uma vez não provada a existência de dolo no ato supostamente sonegatório praticado, não há configuração do elemento típico que justifique a aplicação da multa “dobrada” prevista pela Lei nº 9.430, de 1996, c/c a Lei nº 4.502, de 1964, pois, no máximo, a autuação fiscal caso não seja anulada, como de fato deve ser decorreria de interpretação divergente entre a contribuinte e o Fisco, em relação à legislação aplicável à matéria, notadamente no tocante às despesas de empresas transportadoras que podem gerar créditos de PIS e Cofins; 36. Se um

agente do Fisco entende que determinado contribuinte deixou de recolher um tributo com a intenção de fraudá-lo ou sonega-lo, tem que demonstrar, por meio de provas cabais e inequívocas, que esta foi a sua intenção, mas no presente caso não há uma única palavra descrevendo as razões pelas quais foi aplicada a multa agravada de 150%; 37. Ainda que se reduza a multa de 150% para o percentual de 75% previsto na Lei nº 9.430, de 1996, em razão do reconhecimento da inexistência de qualquer fundamento para o agravamento da multa, tem-se que esse percentual de 75% ainda se revela total e absurdamente confiscatório; 38. Conforme doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Federal – TRF da 5ª Região, que transcreve, entende a impugnante que o Fisco Federal vem aplicando multas em valores grotesca e notadamente confiscatórios, ferindo de forma patente as garantias constitucionais do contribuinte, notadamente as expressas nos artigos 145, § 1º (Princípio da Capacidade Contributiva) e 150, IV (Princípio da Vedação ao Confisco) da Constituição Federal de 1988, bem como os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade; 39. Desta forma, demonstrada a inconstitucionalidade dos tributos confiscatórios, cumpre ressaltar que não só estes estão sujeitos às regras elencadas nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, CF, mas também a penalização tributária, pois esta é instituída visando apenas e tão somente sancionar os eventuais ilícitos cometidos pelo contribuinte, não podendo ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado, face à exorbitância do seu valor, bem como à sua desproporcionalidade; 40. Mesmo que a autoridade administrativa julgadora não venha a reconhecer a procedência dos fundamentos levantados pela impugnante, é certeza que, com a intervenção do Poder Judiciário, ficarão afastadas as arbitrariedades cometidas pelos órgãos de arrecadação tributários, ao instituir multas de caráter nitidamente confiscatório, como o é no presente caso; 41. Uma vez que a Cofins, conforme previsão do art. 195, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal, incide sobre a receita ou o faturamento, impossível a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, pois não há disposição expressa que determine a incidência da Cofins e do PIS sobre os valores pagos a título de ICMS; 42. Tal assertiva restou devidamente comprovada quando se tratou da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, pois no julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084PR restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, entre outras coisas, a impossibilidade de a referida lei alterar a base de cálculo constitucionalmente definida da Cofins e do PIS; 43. O caput do art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, define a materialidade da Cofins em sintonia com a disposição constitucional, e o seu parágrafo único traz mera declaração ad cautelam para deixar claro que, por exemplo, o IPI não deve ser incluído na base de cálculo, o que não significa que, automaticamente, o ICMS estaria incluso na base de cálculo, mesmo porque se isso fosse verdade, tal assertiva seria incluída na redação do texto legal; 44. Encontra-se sob julgamento do STF o Recurso Extraordinário nº 240.785MG, no qual se discute exatamente a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, com óbvias consequências para a mesma discussão no que tange ao PIS, sendo importante ressaltar que, até o presente momento, está prevalecendo a tese dos contribuintes, o que, certamente será também o resultado final deste julgamento; 45. O I. Ministro não

54. Contudo, a auditora fiscal simplesmente aplicou a alíquota de 7,6% sobre o total dos créditos e deduções glosados (R\$10.832.522,50), chegando ao valor de R\$823.271.71 lançado de ofício; 55. Logo, somente para o período de janeiro de 2008, há uma relevante diferença de R\$195.414,89 indevidamente lançada contra a impugnante, diferença verificada em todos os períodos autuados, de janeiro a dezembro de 2008; 56. No mínimo, é necessário realizar novo cálculo da contribuição, tomando-se por base as receitas auferidas, deduzidos os créditos que a fiscalização expressamente acatou, sendo imprescindível a realização de prova pericial contábil nos termos do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 1972, indicando, assim, o nome do seu perito e formulando quesitos que pretende ver respondidos.

E continua a DRJ:

Em face das alegações da impugnante, por meio do Despacho DRJ/SDR nº 43/2011 (fls. 1199/1200) foi determinada a realização de diligência visando:

“1) Identificar os lançamentos contábeis dos créditos não considerados no Auto de Infração e os motivos das glosas parciais efetuadas nas contas contábeis “pneus e câmaras col/ent”, “transporte fluvial”, “material consumo ope”, “balsa col/ent”, “lavagem de veículos col/ent”, “pedágio e balsa col/ent”, manutenção preventiva e corretiva, “manutenção de equipamentos ope”, “mão de obra carga/descarga PJ”, “aluguel semireboque”; “2) Informar os valores das receitas mensais auferidas, em confronto com a linha “Total de Receitas Conforme Fiscalização” da planilha anexada pela impugnante, confirmando se as receitas informadas no DACON já se encontram subtraídas das “deduções sobre a Receita” constantes do demonstrativo elaborado pela autuante; “3) À luz do disposto no inciso V do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, esclarecer as razões de ter sido glosado, em relação aos períodos de apuração de abril a junho de 2008, apenas o crédito da conta “4.31.08.015 Leasing Computadores”, enquanto que para os demais períodos de apuração autuados foram glosados créditos de todas as 8 (oito) contas contábeis relativas às operações de leasing; “4) Cientificar a contribuinte acerca da diligência realizada, reabrindo-lhe novo prazo para que possa aditar sua impugnação, caso seja de seu interesse.”

Desta forma, foram anexados os documentos de folhas 1201/1622, sendo que as conclusões da auditora fiscal constam do Termo de Encerramento de Diligência Fiscal às folhas 1588/1593, do qual a contribuinte foi cientificada em 19/09/2011, apresentando às folhas 1595/1619 aditamento à sua impugnação.

No relatório de diligência, a Fiscalização esclareceu o seguinte, em ordem respectiva aos itens acima enumerados:

[...]Resposta: As glosas parciais efetuadas nas contas contábeis abaixo relacionadas são em decorrência de pagamentos de gastos a pessoas físicas, identificados e apurados através dos relatórios auxiliares fornecidos pela fiscalizada, durante a execução do procedimento de fiscalização, que ora estão sendo anexados a este Relatório de

Diligencia. Convém registrar que os relatórios auxiliares recebidos foram compostos por: - razão, - pagamentos a pessoas físicas e - pagamentos a pessoas jurídicas para as contas aqui relacionadas.

[...] Já com relação à conta contábil "mão de obra carga/descarga PJ", as glosas contemplam não só os pagamentos efetuados a pessoas físicas como também pagamentos relativos à mão de obra tomadas de sindicatos e cooperativas, conforme relatório auxiliar fornecido pela fiscalizada e anexado a este relatório.

*[...] [...] Resposta: Cumpre registrar que a fiscalização **não** procedeu a levantamentos de Receitas nem tão pouco elaborou planilha com este objetivo, conforme faz crer a linha "Total de Receitas Conforme Fiscalização" da planilha anexada pela impugnante a pagina 1.195 do processo em questão. Visando responder ao questionamento proposto foi elaborado, durante este procedimento de diligencia, um demonstrativo de receitas baseado nas informações contidas nos balancetes e nas DACIONs "retificadoras" entregues pela diligenciada em 21-07-2010 a SRFB (paginas 170 a 362 do processo).*

[...] Verifica-se, através dos levantamentos acima apontados, que a base de calculo da COFINS constante na Ficha 17 A - Linha 1 dos DACIONs entregues pela diligenciada em 21-07-2010 a SRFB, estão subtraídas dos montantes apurados nos, grupo "Deduções da Receita Bruta", que por sua vez contempla os valores glosados a titulo de "Deduções sobre a Receita" constantes no demonstrativo elaborado pela fiscalização.

Nos meses de janeiro, fevereiro, marco, julho, agosto e novembro de 2008, constata-se que a diferença entre a receita bruta nos balancetes e a base de calculo da COFINS nos DACION S e exatamente o montante do grupo "Deduções da Receita Bruta". Quanto aos demais meses, embora os valores não estejam tão evidentes, já que as deduções feitas foram superiores aos montantes do grupo "Deduções da Receita Bruta", é possível, em virtude da metodologia aplicada, afirmar que as bases de cálculos da COFINS apuradas, pela diligenciada, no ano calendário de 2008 estão subtraídas das "deduções sobre receita" glosadas pela fiscalização.

[...] [...] Resposta: A fiscalizada, ora diligenciada, no decorrer da fiscalização realizada não logrou êxito em apresentar os documentos, solicitados através de Termo de Intimação Fiscal lavrado, relativos as contas contábeis de Leasing. Não apresentou nenhum documento de pagamento nem mesmo nenhum dos contratos de Leasing celebrados e em vigência no ano calendário de 2008, tendo tão somente apresentados os mencionados documentos já na fase de impugnação.

A análise dos razões (em anexo) das contas contábeis relativas a Leasing (41201015, 41204004, 41205007, 41206007, 43102013, 43108005 e 43108015) possibilita identificar os lançamentos tão somente em relação ao período de apuração de abril a junho de 2008, para os demais períodos o histórico lançado inviabiliza a identificação, razão pela qual não foram considerados.

Os documentos acostados na impugnação pela diligenciada revelam as seguintes constatações:

[...] [...]No aditamento, a Interessada alegou que a Fiscalização não teria conseguido suprir as omissões do lançamento original, afirmando não terem sido considerados os custos obrigatórios e diretamente relacionados às atividades da empresa. Várias glosas sequer teriam sido mencionadas pela Fiscalização no relatório.

Reiterou os argumentos apresentados na impugnação, discorrendo sobre a não-cumulatividade das contribuições.

A DRJ, primeiramente, exarou o acórdão de fls. 1623 a 1653, em que decidiu o seguinte, a respeito de cada item discriminado abaixo:

Nulidade do auto de infração: afastou a nulidade, considerando que houve descrição suficiente dos fatos;

Perícia contábil: afastou a necessidade de sua realização, uma vez que a Fiscalização adotou os valores constantes da escrituração;

Créditos da não-cumulatividade: fez diversas considerações sobre as operações que geram direito a crédito, ressaltando a impossibilidade de admitir créditos relativos a mão-de-obra e de apreciar questões de inconstitucionalidade de lei;

Rastreamento e contratos de seguros: considerou que tais custos não poderiam ser admitidos como insumos de produção;

Exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins: considerou não ser possível afastar a incidência da contribuição sob fundamento de inconstitucionalidade de lei e indeferiu a realização da diligência requerida;

Arrendamento mercantil: foram admitidos os “valores informados pela contribuinte a título de “Despesas de Contraprestação de Arrendamento Mercantil”;

Desconto sobre duplicatas: considerou-se não comprovada a alegação;

Cálculo da Cofins lançada de ofício (base de cálculo negativa): considerou que “às bases de cálculo informadas pela contribuinte serão acrescidas as ‘Deduções sobre a Receita’ glosadas pela autuante, identificadas no ‘Mapa Demonstrativo’ que compõe o Auto de Infração;

Multa de ofício no percentual de 150%: considerou-se não demonstrado o evidente intuito de fraude;

Multa confiscatória no percentual de 75%: não apreciou a matéria à vista de se tratar de alegação de inconstitucionalidade de lei.

Posteriormente, foi constatado erro material no acórdão (fl. 1658), tendo sido, então, exarado o acórdão mencionado no início do relatório, apenas para corrigir a tabela demonstrativa dos valores relativos aos meses de janeiro a março de 2008.

No recurso, a interessada alegou, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por falta de motivação. Afirmou que haveria “pontos que ainda precisam de complementações e observações, o que, por si só, já configura vício de motivação [...]”.

Contestou a Primeira Instância, afirmando ter tido “sim grandes dificuldades em analisar o Auto de Infração ora guerreado, justamente pela presença de lacunas diversas na sua fundamentação e descrição pormenorizada dos fatos”.

Citou lições da Doutrina e ementas de decisões judiciais e administrativas que trataram do assunto.

Iniciou a defesa de mérito afirmando que não seria possível glosar os créditos utilizados, contestando a definição do temo “insumo” adotado pela Primeira Instância. Segundo a Recorrente, que citou também doutrina e jurisprudência, análise sistemática da Constituição e legislação permitiria concluir que o art. 3º da Lei n. 10.833. de 2003, não seria taxativo, “mas meramente exemplificativo”.

Defendeu o direito de crédito em relação aos custos obrigatórios com contratação de seguros e a emissão de apólices.

Em relação à multa, alegou ser confiscatória, tendo já sido afastada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em julgamento citado.

Por fim, alegou não ser possível incluir o ICMS na base de cálculo da Cofins.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

Preliminarmente, analise-se a questão do sobrestamento do julgamento do recurso, com base no art. 62A, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Carf.

É que parte das alegações da Interessada diz respeito à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins/PIS, matéria de repercussão geral reconhecida no âmbito do Recurso Extraordinário n. 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do referido RE, foi determinado o sobrestamento dos processos “nos quais o recurso foi interposto antes da regulamentação da repercussão”, hipótese que demonstra a condição prevista na Portaria Carf n. 1, de 2012.

No referido RE, menciona-se o fato de que a matéria teve sua discussão iniciada no RE 240.785. Mas o recurso foi retirado de pauta e o julgamento será reiniciado, desconsiderando-se o voto do relator original.

Nesses processos, conforme esclarecido no Informativo STF n. 437 (<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=240785&numero=437&pagina=1&base=INFO>), discute-se a autorização contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 70, de 1991:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal; b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

Embora os autos tratem da contribuição não-cumulativa criada pela Lei n. 10.833, de 2003, cujo art. 1º é que define a base de cálculo e suas exclusões (§ 3º), a repercussão geral trata da base de cálculo da contribuição de forma geral, conforme prevista na Constituição.

À vista do exposto, voto por sobrestar o julgamento do recurso, até que o STF tenha julgado o RE mencionado.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco