

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

Processo n° 10660.001398/2005-02
Recurso n° 259.505 Voluntário
Acórdão n° 3401-00.642 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2010
Matéria COFINS
Recorrente GF Auto Atacado Ltda.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 11/12/0310 a 31/12/2002

MULTA DE OFICIO EXASPERADA EM 50%. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO E DE TRÊS REINTIMAÇÕES. MANUTENÇÃO.

Correta a exasperação da multa de ofício, de seu patamar básico, 75%, para 112,5%, em face de ter o contribuinte se esquivado de atender a uma intimação e mais três reintimações seguidas, sob o injustificável argumento de que enquanto a matéria estivesse sub judice, o Fisco não poderia proceder à auditoria.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator Designado. Vencido o Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte (Relator) que votou por retirar o agravamento da multa. Designado o Conselheiro Odassi Guerzoni Filho para redigir o voto vencedor.

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

Fernando Marques Cleto Duarte – Relator

Odassi Guerzoni Filho – Redator Designado

EDITADO EM 19/04/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

Em 8.6.2005, após o devido procedimento de fiscalização, foi lavrado o auto de infração às fls. 4 a 6 contra a contribuinte GF Auto Atacado Ltda. (CNPJ 04.024.268/0001-04), por falta/insuficiência de recolhimento de COFINS referente ao período de jan/01 a dez/02. O montante total do crédito tributário apurado é R\$ 4.094.575,67, composto da seguinte forma:

Contribuição: R\$ 1.521.110,89

Juros de mora (até 31.5.2005): R\$ 862.215,14

Multa proporcional: R\$ 1.711.249,64

Em 6.7.2005, foi protocolizada a impugnação de fls. 117 a 146, na qual a contribuinte alega, em síntese que:

a) possui ação discutindo a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, assim entende que o procedimento fiscal deveria ser suspenso até a decisão judicial final.

b) a aplicação da multa foi feita com base em parâmetros incorretos e, ainda que assim não fosse, possui caráter confiscatório.

c) é indevida a correção dos tributos lançados com base na taxa Selic.

d) a impossibilidade do alargamento da base de cálculo e do aumento de alíquota do tributo criados pela Lei nº 9.718/98

e) o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do tributo.

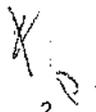
A contribuinte requer ainda a realização de perícia a fim de apurar os valores efetivamente devidos à título de COFINS.

Em sessão de 28.5.2008, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora - MG decidiu, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento, considerando impossível a suspensão do andamento processual e desnecessária a realização de perícia. Ainda de acordo com a decisão:

a) somente o Poder Judiciário seria competente para conhecer das alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade.

b) não houve erro na apuração da base de cálculo da contribuição.

c) a multa foi aplicada conforme critérios previstos na legislação vigente.



Após tomar ciência da decisão em 14.7.2008 (comprovante na fl. 165), a contribuinte apresentou, em 1º.8.2008, o Recurso Voluntário de fls. 164 a 196, no qual reforça os argumentos de sua impugnação, reiterando possuir ação judicial com decisão favorável a ele, embora não definitiva.

A contribuinte também questiona a decisão que indeferiu a realização de diligência e a produção de prova pericial e, ao final, pede que seus pleitos sejam atendidos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte, Relator

Conheço do recurso por ser tempestivo e cumprir os pressupostos de admissibilidade.

Em síntese, versa a lide sobre autuação sofrida pela contribuinte, relativa a recolhimento insuficiente de COFINS, mantida pela DRJ.

Passo a analisar os argumentos da contribuinte:

Solicitação de diligência e prova pericial

De acordo com a contribuinte, não poderia prevalecer o indeferimento de seu pedido de diligência e de realização de prova pericial.

Não lhe assiste razão. A realização de perícia não se presta à definição de qual é a melhor interpretação da legislação vigente. Esta definição é atribuição do CARF.

Muitos dos quesitos formulados pela contribuinte (como por exemplo, se a base de cálculo da contribuição admite exclusões) implicam em delegar a resolução desta lide ao perito, o que não é admissível. Frise-se ainda que a contribuinte não apresentou seus livros contábeis e fiscais quando foram solicitados pela fiscalização, também não o fez na ocasião da impugnação ao lançamento e tampouco quando da interposição do presente recurso. Ou seja, a administração não se recusou a analisar a escrita fiscal da contribuinte – esta é que não apresentou a documentação exigida, ao contrário do que quer fazer crer a recorrente.

É inegável que o processo administrativo deve se pautar pela busca da verdade material, mas não pode a contribuinte se beneficiar por omitir informações. Ora, se a contribuinte não apresentou sua escrita fiscal quando instada a fazê-lo, não pode alegar que o fisco violou o princípio da ampla defesa. Aliás, frise-se novamente que não era necessário a realização de diligências ou perícias para análise da escrita fiscal da contribuinte: bastava a apresentação sua apresentação ao fisco junto à interposição deste recurso.

Assim, mantenho a decisão da DRJ no sentido de não deferir a realização de perícia e tampouco diligência, pois os princípios do contraditório e da ampla defesa não podem ser utilizados a favor de quem omite informações solicitadas pelo fisco.

Multa aplicável



Parece-me que, em relação à multa aplicada, assiste razão parcial à contribuinte. Foi aplicada multa de 75% do valor do crédito tributário, em razão de a contribuinte não ter comprovado recolhimento algum durante o período fiscalizado. Entendo que, em função do disposto no art. 44, inc. I, da Lei nº 9.430/96, esta autuação merece prevalecer.

Porém, este percentual foi acrescido de metade, nos termos do parágrafo 2º do mesmo art. 44. Dispõe a norma (grifamos):

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.”

Ocorre que, de fato, a contribuinte atendeu a todas as intimações fiscais, ainda que de forma insatisfatória. Uma vez que na norma menciona aumento na multa apenas em caso de não atendimento, entendo que o acréscimo de metade do valor da multa em questão não poderá prevalecer.

Assim, prevalecerá apenas a multa de 75% do crédito tributário não recolhido.

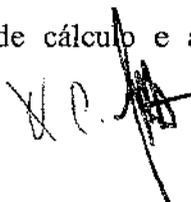
Correção do crédito tributário com base na Taxa Selic

No que diz respeito à taxa Selic, mais uma vez, não assiste razão à contribuinte. Aliás, a matéria já foi pacificada em súmulas dos antigos Conselhos de Contribuintes, que foram acolhidas pelo CARF. Dispõe a súmula sobre a questão que:

“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.”

Por estar sumulada, a matéria na comporta análise mais aprofundada.

Alargamento da base de cálculo e aumento da alíquota da COFINS e exclusão do ICMS de sua base de cálculo

X P. 

A contribuinte apresenta diversos argumentos questionando a validade da Lei 9.718/98 e a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição.

Ocorre que não cabe ao CARF se manifestar sobre estas questões, tendo em vista que sua análise implica reconhecer ou não a constitucionalidade das normas relativas ao assunto, sendo que tal manifestação é vedada ao CARF.

Aliás, é de se ressaltar que há súmula neste sentido. De acordo com ela:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.”

Especificamente no que diz respeito ao ICMS na base de cálculo da COFINS, é de se observar que a contribuinte possui ação judicial ainda não encerrada, conforme pesquisa realizada em 10.2.2010.

Noto apenas que, tão logo o processo judicial relativo a este assunto seja encerrado, cópias de sua decisão final sejam acostadas aos autos a fim de que sejam seguidas as orientações do judiciário neste particular.

Assim, em face do todo o exposto, voto por manter a decisão da DRJ, exceto no que diz respeito à multa sobre o crédito tributário não recolhido, que deve ser de apenas 75%, pelos motivos acima expostos.

É como voto.

Fernando Marques Cleto Duarte

Voto Vencedor

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Redator Designado

Não obstante as ponderações do Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte que pugnou por reduzir o percentual da multa de ofício ao seu patamar básico de 75%, ou seja, retirando-lhe o aumento de 50% imposto pela fiscalização por conta do não atendimento das intimações, dele peço venia para divergir.

Tenho comigo que a exasperação da multa de ofício no percentual de 50% da que for aplicada, no caso, de 75%, o que a eleva para 112,5%, é medida extrema, e que só tem cabimento quando a fiscalização se vê diante de obstáculos criados de forma injustificada pelo contribuinte que está sendo objeto de uma auditoria fiscal para fornecer os elementos necessários à sua conclusão.

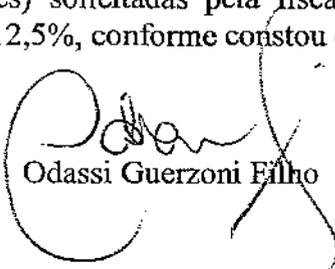
E, neste caso, foi exatamente isso que ocorreu, visto que, intimada e reintimada por mais três vezes, a autuada limitou-se a dizer, e a repetir que a matéria objeto da auditoria estava sub judice e que, por conta disso, até o término da lide junto ao judiciário, o Fisco não poderia dela tratar.

Convenhamos, que esse tipo de resposta não pode ser considerado como um "atendimento" às intimações, visto que informação alguma foi prestada, e com isso o próprio Conselheiro Relator ora vencido concorda, haja vista as suas razões de votar quando tratou da diligência requerida pela Recorrente, conforme se vê no trecho abaixo, por mim reproduzido, *verbis*:

Frise-se ainda que a contribuinte não apresentou seus livros contábeis e fiscais quando foram solicitados pela fiscalização, também não o fez na ocasião da impugnação ao lançamento e tampouco quando da interposição do presente recurso. Ou seja, a administração não se recusou a analisar a escrita fiscal da contribuinte – esta é que não apresentou a documentação exigida, ao contrário do que quer fazer crer a Recorrente.

É inegável que o processo administrativo deve se pautar pela busca da verdade material, mas não pode a contribuinte se beneficiar por omitir informações. Ora, se a contribuinte não apresentou sua escrita fiscal quando instada a fazê-lo, não pode alegar que o fisco violou o princípio da ampla defesa. Aliás, frise-se novamente que não era necessário a realização de diligências ou perícias para análise da escrita fiscal da contribuinte: bastava a apresentação sua apresentação ao fisco junto à interposição deste recurso. (grifei) (sic)

Assim, no presente caso restou patente o enquadramento da hipótese prevista pelo inciso I do § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou seja, a autuada não prestou as informações que haviam sido repetidamente (uma intimação seguida de três reintimações) solicitadas pela fiscalização, razão pela qual voto pela manutenção do percentual de 112,5%, conforme constou do lançamento.


Odassi Guerzoni Filho

