

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

Processo nº 10725.001038/2004-10
Recurso nº 239.902 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.510 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2010
Matéria COFINS
Recorrente A. M. OLIVEIRA E FILHOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/2003

NORMAS PROCESSUAIS. ÔNUS DA PROVA. Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo tributário, a prova da existência do direito alegado compete a quem o alega.

NORMAS REGIMENTAIS. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DE SÚMULAS ADMINISTRATIVAS DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Nos termos do § 4º do art. 72 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprovado pela Portaria Ministerial MF nº 256, de 22 de junho de 2009, são de adoção obrigatória pelos conselheiros membros as súmulas administrativas aprovadas pelos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

NORMAS PROCESSUAIS. EXAME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 02 DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Nos termos de Súmula aprovada em sessão plenária datada de 18 de setembro de 2007, “O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

JUROS SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. APLICAÇÃO. SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 03 DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

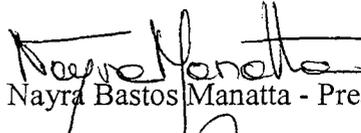
Nos termos de Súmula aprovada em sessão plenária datada de 18 de setembro de 2007, “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria

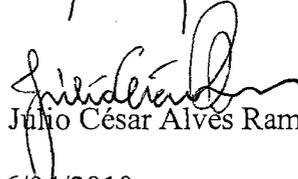
da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais”.

Recurso 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.


Nayra Bastos Manatta - Presidente


Júlio César Alves Ramos - Relator

EDITADO EM 26/04/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Examina-se recurso do contribuinte contra autuação que lhe foi impingida para exigência da contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS – não recolhida ou recolhida a menor nos meses de março de 1999, setembro de 1999, dezembro de 1999, dezembro de 2000 a fevereiro de 2001, abril de 2001 a agosto de 2001, novembro de 2001, julho de 2002 a setembro de 2002, novembro de 2002, e janeiro de 2003 a dezembro de 2003. As diferenças autuadas foram encontradas pela autoridade fiscal pelo simples cotejo entre as receitas escrituradas pela empresa em seus livros Razão e aqueles por ela declarados e se encontram demonstrados em planilhas constantes às fls. 95 a 97. Há esclarecimentos adicionais no Termo de Verificação Fiscal de fls. 99/100, no qual se aponta que a tributação no ano de 2003 se deu sobre a totalidade das receitas, visto que a empresa postulara sua inclusão no SIMPLES e passou, desde logo, a recolher os tributos naquela forma simplificada ainda que a sua efetiva inclusão só se tivesse consumado em janeiro de 2004. Há notícia nos autos de que a empresa foi também autuada para exigência da contribuição sobre receitas omitidas, objeto de outro processo administrativo.

Possivelmente em razão dessa última circunstância, a defesa da empresa (fls. 118/127) faz referência às receitas apuradas mediante exame de suas informações bancárias, que nada têm a ver com este procedimento. No que aproveita ao presente lançamento a impugnação apenas contestou o não acolhimento de sua tributação pelo SIMPLES já em 2003, informando ter formulado o seu pedido de inclusão em tempo hábil. Ainda nesse sentido, contesta o não-aproveitamento dos valores àquele título recolhidos como abatimento dos aqui considerados devidos. Por fim, combate a incidência da taxa Selic e a imposição da multa no

percentual de 75% sob argumentos de ilegalidade e inconstitucionalidade. Não houve defesa contra os valores lançados nos anos de 1999, 2000, 2001 e 2002.

Por isso mesmo, foi o lançamento considerado parcialmente procedente pelas autoridades julgadores componentes da 5ª Turma de Julgamento da DRJ Rio de Janeiro II. Para tanto, consideraram apenas as alegações efetivamente atinentes a este processo (impugnação de fls. 118/127), desconsiderando a petição de fls. 157 a 177, cujas alegações dizem respeito ao lançamento sobre omissão de receitas, componente de outro processo administrativo. Assim enfrentaram, ponto por ponto, as alegações coerentes, rejeitando-as por: a) considerar que o regime de apuração aplicável ao ano de 2003 não era mesmo o simples, dado que a empresa não trouxe aos autos nenhum documento que pudesse comprovar sua afirmação de que tivesse postulado, já em janeiro de 2003, sua inclusão naquele sistema, tampouco da aceitação dessa opção pela Administração; b) entender que os valores recolhidos a título da tributação simplificada DEVEM ser abatidos do valor devido a título de COFINS, proporcionalizando-os segundo critérios que especificou; c) pela impossibilidade de afastamento seja dos juros selic seja da multa, ou da redução de seus valores por considerações de inconstitucionalidade dos atos legais em que se baseia sua exigência.

A decisão de primeiro grau, portanto, deu parcial provimento à peça de defesa para reduzir o montante devido em face do abatimento proporcional dos valores recolhidos a título de SIMPLES.

O recurso, tempestivamente ofertado, insiste na afirmação, ainda aqui desacompanhada de qualquer prova, de que requereu o enquadramento no SIMPLES no ano de 2003. Quanto a isso limita-se a afirmar que a prova já estaria nos autos, sem apontar a que documento se refere. Insiste também na inaplicabilidade de multa no percentual de 75%, que taxa de absurda e desproporcional, juntando doutrina que a pretende afrontosa ao princípio constitucional do não-confisco, bem assim a impossibilidade de utilização da taxa Selic como juros de mora, sob os repisados argumentos de seu caráter remuneratório e de que sua fixação não se dá por lei, o que afrontaria o art. 161 do CTN. E aduz que não está a pretender a declaração ou o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que a prevê, mas o seu afastamento com base em decisões do STJ.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Júlio César Alves Ramos, Relator

Correta a decisão.

Por ser tempestivo, o recurso deve ser examinado.

A ele, porém, não se pode dar provimento.

Com efeito, a decisão somente foi atacada com respeito à não aceitação de que o regime de tributação da empresa no ano de 2003 seria o SIMPLES, muito embora a empresa não tenha comprovado que a sua postulação ocorrera naquele ano e que fora aceita pela Administração. Aliás, a decisão afirma exatamente o contrário com base em consulta aos sistemas internos de controle da SRFB.



Assim sendo, e tendo tido a empresa nova oportunidade de fazer, no recurso, a prova ausente na impugnação, não se lhe pode dar razão. Isso porque, como bem se sabe, é ônus de quem alega a prova do direito de que se diz titular. Assim o estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo tributário:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

No mesmo sentido, especifica o decreto 70.235/72, em seu art. 16, que a defesa deve ser acompanhada dos elementos de prova de suas alegações. Nesses termos, não tendo a empresa feito a prova que lhe competia acerca do alegado direito à tributação em 2003 segundo as regras do sistema simplificado, deve ser mantida a autuação.

E o mesmo se passa com respeito às demais contestações do recurso, atinentes à multa e aos juros. É que se fundam elas, de fato, na inconstitucionalidade dos atos legais que os estabelecem, embora tente a recorrente alegar diferente.

A afirmação decorre do fato de que não há nenhuma decisão definitiva do Poder Judiciário que se possa aplicar ao caso, não bastando a tanto eventuais decisões do Superior Tribunal de Justiça. E isso porque, como bem se sabe, é do Supremo Tribunal Federal a última palavra acerca da constitucionalidade de atos legais regularmente editados e em vigor.

Por isso mesmo, a única possibilidade hoje existente para que os membros deste Tribunal Administrativo não dêem aplicação a determinado dispositivo legal em caso concreto é já haver decisão plenária do STF considerando-o inconstitucional. Refiro-me, como é bem sabido, ao artigo 26-A do 70.235/72, introduzido pela Medida Provisória 449/2009, que criou o CARF (já convertida na Lei 11.5431), abaixo transcrito

Art. 25. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações:

...

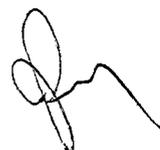
“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).



§ 5º (Revogado).

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.” (NR).

Nesses termos, impossível promover o afastamento das normas legais que estipulam tanto o percentual da multa de ofício capitulada (art.45 da Lei 9.430/96), como dos juros à Selic (art. 61 c/c art. 5º da mesma lei). Tal afastamento, pelo contrário, afrontaria Súmula do antigo Segundo Conselho de Contribuintes (Súmula nº 02) cuja observância é obrigatória segundo o art. 72 do atual Regimento do CARF. No caso da taxa Selic, há até Súmula específica (Súmula nº 03).

Com tais considerações, resta negar provimento ao recurso apresentado. E é assim que voto.


Julio César Alves Ramos