



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.


Processo nº : 10909.000708/2004-22
Recurso nº : 142.156
Matéria : COFINS - EXS.: 2002 e 2003
Recorrente : BEIRAMAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em FLORIANÓPOLIS/SC
Sessão de : 12 DE SETEMBRO DE 2005

RESOLUÇÃO Nº 105-1.229

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BEIRAMAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.

RESOLVEM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.


JOSÉ CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE


DANIEL SAHAGOFF
RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 NOV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NADJA RODRIGUES ROMERO, FERNANDO AMÉRICO WALTHER (Suplente Convocado), EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, CLÁUDIA LÚCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA (Suplente Convocada) e IRINEU BIANCHI. Ausente, momentaneamente o Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229
Recurso nº : 142.156
Recorrente : BEIRAMAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.

RELATÓRIO

BEIRAMAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA., empresa já qualificada nestes autos, foi autuada em 30/03/2004 (com ciência em 02/04/04), referente aos fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2002 e 2003, relativamente à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (fls. 425/427), no valor total de R\$ 2.844.300,39 (dois milhões, oitocentos e quarenta e quatro reais e trinta e nove centavos), nele incluído o principal, a multa e os juros de mora calculados até 27 de fevereiro de 2004.

O Auto de Infração descreve a seguinte infração:

*“Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados:
0001 – COFINS FATURAMENTO
DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O
DECLARADO/PAGO –COFINS (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS) ”.*

Na fls. 428/432 encontra-se o Termo de Verificação Fiscal – COFINS informando que:

*“A contribuinte, doravante denominada fiscalizada, iniciou suas atividades de comércio e distribuição de bebidas em junho de 2002. A DIPJ 2003, ano-calendário 2002, foi entregue em branco (fls. 09 a 62) e, depois de iniciado o procedimento fiscal, foi apresentada declaração retificadora (fls. 69/110).
Foram entregues DCTF'S relativas aos 3º e 4º trimestres de 2002 e aos 4 trimestres de 2003 (resumos às fls. 63 a 68)
(...)”*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

Com base nos livros contábeis e fiscais apuramos as bases de cálculo da COFINS e, comparando os valores obtidos com os valores declarados em DCTF e/ou pagos constatamos inúmeras diferenças. Por meio do Termo de Intimação Fiscal 001 (fls. 378 a 383) a fiscalizada foi intimada a justificar essas diferenças.

Em resposta a fiscalizada informou que os valores da COFINS, de junho de 2002 a dezembro de 2003, tiveram como base de cálculo o lucro bruto, e apresentou as respectivas planilhas de apuração (fls. 384 a 399).

As bases de cálculo da COFINS, apuradas pela fiscalização nos livros Diário Auxiliar de Balancetes Mensais (fls. 123 a 196) e Razão (fls. 197 a 328), com base na receita bruta e deduções permitidas, estão detalhadas nas planilhas 'Apuração da COFINS' (fls. 412 a 415). Os valores apurados coincidem com os valores das planilhas apresentadas pela Fiscalizada, exceto pelo fato de a mesma ter utilizado como base de cálculo o lucro bruto. Também foram anexadas cópias dos livros de Registro de Apuração do ICMS (fls. 329 a 376). Os valores das contribuições devidas, apuradas pela fiscalização, e dos débitos declarados pela fiscalizada estão discriminados nas planilhas 'Apuração de Débitos' (fls. 416 a 417)

Os pagamentos efetuados pela fiscalizada, relativos aos períodos de apuração sob exame, obtidos nos sistemas informatizados da SRF, estão relacionados na planilha 'Pagamentos' (fls. 418)

As diferenças entre os valores apurados pela fiscalização e/ou pagos pela fiscalizada resultaram no presente Auto de Infração, e fazem parte das planilhas 'Demonstrativo da Situação Fiscal Apurada' (fls. 419 a 420).

Foi aplicada multa de ofício de 75% em razão de não ter ficado comprovado o evidente intuito da contribuinte em fraudar a legislação tributária federal, na forma definida pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, pois o fato de ter declarado valores a menor não impediu que a autoridade tributária tomasse conhecimento do fato gerador da obrigação tributária, pois os valores estavam registrados em sua contabilidade".

Na fl. 431 a autoridade fiscal formalizou a Representação Fiscal para fins Penais, através do Processo Administrativo Fiscal nº 10909.000711/2004-46, o qual foi apensado ao processo relativo ao Auto de Infração da COFINS, protocolado sob nº 10909.000708/2004-22.

3



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

Irresignada, a empresa apresentou impugnação (fls. 440/491), alegando, em síntese, que:

- a) O pedido de parcelamento adotado foi feito de modo impensado, impulsionada pela intranqüilidade e o visível desassossego que a ação fiscalizadora estava causando à representante legal da empresa notificada;
- b) O pedido de parcelamento não pode e não deve vir em desfavor da defendente, que acabou por confessar-se devedora de uma dívida inexistente, tal qual ficará demonstrado a longo da instrução processual administrativa;
- c) *“O eventual enriquecimento sem causa é a máxima a inspirar a resistência da empresa defendente. A melhor doutrina consagrada pelos Tribunais, tem encampado o entendimento de que, sempre cabe discussão administrativa ou judicial, em qualquer caso de pedido de parcelamento, se constatado a dúvida e a incerteza da existência do crédito fiscal confessado. A confissão não se constitui em fato gerador de imposto e muito menos de contribuição social, notadamente quando sabidamente ausente a materialidade do alegado vício”;*
- d) A base de cálculo da imposição fiscal está completamente viciada, posto que em completo desalinho com a prova material estampada na contabilidade da empresa, cujos esclarecimentos apontam na direção de inexistência de ilícito fiscal.
- e) No mês 07/2002 foi lançada indevidamente na conta (2000) devoluções de vendas na contabilidade a nota fiscal de nº 00841, quando a mesma no livro de entrada de mercadorias está registrada com CFOP 1.99M (entrada de materiais comodato), reflexo das devoluções estarem com valor “maior” na contabilidade;
- f) No mês 08/2002 foram lançadas indevidamente na conta (2000) devoluções de vendas na contabilidade as notas fiscais de nº 023808, 023810, 025342, 025400, 025401, 025402, 025403, 021183, quando as mesmas no livro de entrada de mercadorias estão registradas com CFOP 1.99.S (outras entradas não especificadas), CFOP 299.S (outras entradas não especificadas) e CFOP 199.M (entrada de materiais comodato), reflexo das devoluções estarem com valor “maior” na contabilidade;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

- g) No mês 11/2002 foram lançadas indevidamente na conta (2000) devoluções de vendas na contabilidade as notas fiscais de nº 039790, 039791, 039792 e 173329, quando as mesmas no livro de entrada de mercadorias estão registradas com CFOP 1.99. (outras entradas não especificadas), CFOP 199.M (entrada de materiais comodato), reflexo das devoluções estarem com valor "maior" na contabilidade;
- h) No mês 12/2002 foi lançada indevidamente na conta (2401) compra de mercadoria na contabilidade a nota fiscal de nº 162322, quando a mesma no livro de entrada de mercadorias está registrada com CFOP 1.99.B (devolução bonificação fábrica), reflexo das devoluções estarem com valor "menor" na contabilidade;
- i) Como se depreende do artigo 2º da Lei Complementar, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social tem como fonte o faturamento. Incidindo sobre referida fonte já existe outra contribuição, o Programa de Integração Social – PIS. Dessa forma, em consonância com as determinações contidas no artigo 195, I, da Constituição Federal, uma vez existente contribuição incidente sobre o faturamento resulta esgotada a competência da União para tanto, sendo de todo modo inadmissível a instituição de exações outras da mesma espécie sobre a mesma fonte;
- j) Em caso de inadimplência não pode incidir a COFINS;
- k) Forçoso é concluir que na base de cálculo não podem ser incluídas as vendas não realizadas, cuja mercadoria retornou ao estabelecimento da defendente e, nem tampouco, da base de cálculo pode fazer parte os valores das vendas não realizadas e/ou não satisfeita pelo comprador. Havendo inadimplência ou retorno da mercadoria, esses valores não podem e não devem compor a base imponible da COFINS;
- l) Não se pode admitir que o conceito de renda bruta utilizado para a apuração da base de cálculo da COFINS é aquele determinado para a apuração do lucro real das empresas que pagam seu imposto de renda em regime de competência;
- m) De acordo com o princípio da capacidade contributiva (aplicável, também, as contribuições), não há como se entender que receita bruta – definição que encontra identidade com faturamento - não seja receita.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

Entender receita bruta como expectativa de receita é conceber uma presunção ou ficção legal inaceitável para os fins de direito tributário;

- n) A Constituição veda a utilização de tributo com efeito de confisco (artigo 150, IV) . *“Ao admitir-se arbitrariedade do legislador para escolher como fatos imponíveis - tributários situações sem conteúdo econômico, que não revelam, portanto, a capacidade econômica do contribuinte, é inexorável que estaremos diante de um tributo com efeito de confisco”;*
- o) Fere o princípio da razoabilidade, o fato de se tributar um valor que não foi efetivamente recebido.
- p) Flagrante é, portanto, a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 3º e no seu parágrafo primeiro, da Lei nº 9.718/98, ao pretender ampliar o conceito de faturamento, empregado expressamente pela Constituição Federal, no intuito de colher a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da atividade por ela desenvolvida e da classificação contábil dessa receita;
- q) *“A alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, para ampliar o campo de incidência da Contribuição de Seguridade Social, de faturamento para receita ou o faturamento, apenas confirmou o entendimento acima exposto, haja vista que, se o termo faturamento fosse equivalente à receita, segundo pretende o legislador ordinário, não teria sentido tal alteração”.*
- r) A Emenda Constitucional nº 20/98 não tem condão de constitucionalizar a lei, já que a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98 deve ser apreciada sob o lume da Constituição Federal de 1988, mais precisamente, com a redação vigente na data da sua publicação. A posterior alteração pela edição da EC nº 20 é incapaz de invalidá-la.
- s) Ao editar a lei 9.718/98, diploma que aumentou a alíquota da COFINS, o legislador não atentou para os diversos princípios constitucionais, entre eles o da isonomia (CF, art. 50 e 150, II), quando impôs de forma discriminatória o ônus da majoração da mencionada contribuição;
- t) Uma vez que os valores correspondentes à majoração da alíquota da COFINS serão devolvidos mediante compensação com valores apurados a título de COFINS, resulta evidente que estes valores não

6



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

integram em definitivo as receitas da União. Nesse sentido, pode cogitar que a majoração da alíquota da COFINS tem natureza jurídica de empréstimo compulsório, pois os recursos assim arrecadados junto ao contribuinte, embora destinados ao atendimento de necessidades prementes de caixa serão devolvidos sob a forma de compensação. Por essa razão deveria ser instituído por lei complementar e não lei ordinária;

- u) A fiscalização adotou como base para calcular a CSLL, o valor das vendas realizadas em cada mês, utilizando até mesmo os retornos e as vendas inadimplidas a partir do livro que consolida as saídas de mercadorias, sem levar em consideração o valor do ICMS que está embutido no preço das mercadorias que saíram do estabelecimento, e que também está destacado no mesmo livro de apuração do ICMS.
- v) O E. Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Constitucionalidade, afastou exigência de penalidade com nítido efeito confiscatório, procedimento reprovável pela vigente Carta Política de 1988.
- w) A Taxa Selic é imprestável e ilegal para corrigir débitos fiscais, já que são instrumentos de política monetária por excelência. Referem-se s taxas de remuneração de capital.
- x) Os juros praticados através da Taxa Selic e incidentes sobre os débitos de tributos e contribuições sociais federais contemplam o execrável anatocismo, posto que a referida taxa acumula os índices mensalmente apurados.
- y) No caso em debate impõem-se, em tudo por tudo, que se realize a prova pericial, para verificar a idoneidade do levantamento fiscal.

Em 17 de junho de 2004, a 4ª Turma da DRJ de Florianópolis/SC, julgou o lançamento procedente (fls. 503/513), conformes ementas abaixo transcritas:

"ESCRITURAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA – A escrituração só faz prova a favor do contribuinte nos casos em que, além de observadas as disposições legais, os fatos nela registrados estejam comprovados por documentos hábeis.

7



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

VALORES PAGOS OU PARCELADOS NO CURSO DA AÇÃO FISCAL. EFEITOS SOBRE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Os valores recolhidos ou parcelados já no curso de ação fiscal, não podem influenciar o valor lançado, mas apenas serem com ele compensado no âmbito de procedimento específico cuja formalização depende de iniciativa do contribuinte.

PERÍCIA. DESNECESSIDADE - É desnecessária a produção de perícia quando não se está diante de dúvidas acerca de matéria de fato, restringindo-se o dissídio a questões de direito.

PERÍCIA. DESCABIMENTO – A perícia técnica não pode ser utilizada com o fim de suprir responsabilidade atribuída ao contribuinte pela legislação tributária.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos regularmente editados.

BASE DE CÁLCULO. DEDUTIBILIDADE DE TRIBUTOS. Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

JUROS DE MORA. CRITÉRIO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA. Os juros de mora são calculados com base na Taxa SELIC a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo de recolhimento da exação e até o mês anterior ao do pagamento, e no percentual de 1% ao mês de pagamento.

Lançamento Procedente.”

Inconformada com a decisão supra, a contribuinte interpôs recurso voluntário, alegando, em síntese que:

- a) A decisão de 1ª instância deve ser reformada para melhor se adequar ao direito e a justiça, de vez que não pode ser considerada como prestação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

jurisdicional por estar na contra-mão das determinações contidas na Constituição Federal e das provas contidas nos autos;

- b) Na impugnação administrativa, a Recorrente anexou aos autos prova material que atesta e comprova a total inexistência de omissões de receitas. A autoridade julgadora simplesmente alegou ser inidônea a prova produzida, o que decididamente não pode prosperar, notadamente com a juntada da contabilidade feita nessa oportunidade, que bem atesta e confirma a legalidade dos lançamentos fiscais colocados à disposição do fisco, cujo ápice está estampado na regular escrituração de todas as informações prestadas ao fisco, inclusive as devoluções efetuadas;
- c) Insiste em tudo e por tudo, na demonstração escoreita de seu procedimento fiscal, o que foi feito através da juntada da contabilidade dos exercícios fiscalizados (2002 e 2003), com a apropriação de todas as notas fiscais emitidas pela recorrente, inclusive, aquelas que foram justificadamente canceladas e, ainda o fiel registro de suas despesas operacionais necessárias ao desempenho de suas atividades, o que demonstra a inexistência do ilícito (art. 17, da Lei 8.748/93);
- d) *“A apresentação serôdia desses registros contábeis, não pode e não deve ser a causa única de sua desconsideração. Impõe-se, antes disso, que a recorrente comprove a existência de seus registros, tal qual explicitado pelo parágrafo 1º do artigo 223, do RIR/94, como aliás muito bem salientado pela decisão objurgada”;*
- e) A discrepância existente deve-se à divergência de interpretação quanto à base de cálculo de apuração da dívida fiscal. É evidente que da base de cálculo não podem fazer parte as vendas em consignação, cujas mercadorias retornaram ao estabelecimento da recorrente. Não há que se confundir receita bruta com lucro bruto. Este, diferentemente daquela, representa uma disponibilidade passível de tributação;
- f) Entende a recorrente, com base na doutrina e na jurisprudência – que a base de cálculo da imposição fiscal, deve perseguir o faturamento mensal, assim considerado o lucro bruto das vendas de mercadorias, efetivamente transformada em renda – recebido pela recorrente – que não se confunde com a pretensão do fisco, que reclama a inclusão da receita bruta na base de cálculo da Cofins – não convertida em renda;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

- g) Dessa forma, a alegada diferença se deve ao fato da inclusão na base de cálculo de valores que não representaram uma efetiva entrada de receita aos cofres da Recorrente, em virtude de inadimplência e pela confusão do fisco entre lucro bruto e receita bruta;
- h) Importante ressaltar que há, em verdade, despesas operacionais, que, muito embora idôneas e em perfeita sintonia com o desempenho da atividade da empresa, não foram corretamente apropriadas na contabilidade, razão da necessidade de perícia técnica para se apontar com segurança à exata base de cálculo da imposição fiscal;
- i) A recorrente demonstrou, através do incluso processado, as devoluções de mercadorias – que se comparadas com o movimento econômico da recorrente – não chega a representar valor substancial;
- j) A apresentação serôdia da contabilidade – muito embora regularmente formalizada – não permite que o fisco desconsidere as alegadas devoluções muito bem explicitadas no Código 199.04 do Livro de Apuração de ICMS, que aponta inexistir qualquer diferença entre os livros fiscais e contábeis da Recorrente;
- k) A base de cálculo da Cofins foi obtida justamente com base nas efetivas vendas realizadas pela recorrente. Devolução não é venda, logo devem ser desconsideradas para efeito de apuração da base de cálculo da Cofins. Não se concebe à luz de um raciocínio lógico que o fisco – mesmo diante de uma contabilidade elaborada e dentro das formalidades legais - insista em desconsiderar as devoluções que, sabidamente estão comprovadas através de comprovantes idôneos;
- l) Todas as devoluções consignadas nos livros contábeis e fiscais estão devidamente comprovadas – vide Livro de Apuração de ICMS junho de 2002, páginas 02 e 05, letras “c”, “d”, “e” – logo não há o que se cogitar da alegada diferença entre os valores declarados e os valores recolhidos;
- m) Em caso de inadimplência não pode incidir a CSLL. De acordo com os artigos 9º a 14 da Lei 9.430/96, as perdas havidas em virtude no normal desempenho da atividade comercial da recorrente podem ser deduzidas da base de cálculo da CSLL, do PIS, da Cofins e do próprio IRPJ;

10



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

- n) Diante da constatação – agora comprovada através dos registros contábeis e das respectivas notas fiscais e cheques devolvidos, não há como deixar de acolher a súplica recursal;
- o) Tendo em vista que os fretes contratados – quando da elaboração do auto de infração – não foram deduzidos do lucro bruto deve, agora, ser deduzidos da base de cálculo do tributo, posto que não representa disponibilizada financeira em favor da recorrente;
- p) A fiscalização adotou como base para calcular as contribuições da Cofins o valor das vendas realizadas em cada mês, a partir do livro que consolida as saídas de mercadorias, sem levar em consideração que o valor do ICMS está embutido no preço das mercadorias que saíram do estabelecimento, valor este que também está destacado no mesmo Livro de Apuração do ICMS;
- q) O artigo 3º, parágrafo 2º da Lei 9.718/98 determina que são excluídos da receita bruta, para apurar a base de cálculo da COFINS, os valores que, computados como receitas, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas as normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;
- r) Em virtude do preceito legal contido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o processo administrativo foi equiparado ao processo judicial, assegurando-se a ambos o devido processo legal, com obediência ao contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Não há dúvidas, portanto, que o *due process of law*, constitucionalmente garantido ao contribuinte do processo administrativo fiscal, lhe garante não simples direito de defesa, mas de ampla defesa e neste contexto está – seguramente – inserto o princípio da garantia da discussão relativa a inconstitucionalidade das leis, devendo ser apreciado os argumentos relativos a expressa vedação constitucional ao *bis in idem*, imposição da multa e o agravamento do débito fiscal com aplicação da Selic;
- s) O E. Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, afastou exigência de penalidade com nítido efeito confiscatório, procedimento reprovável pela vigente Carta Política de 1988.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

- t) Flagrante é, portanto, a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 3º e no seu parágrafo primeiro, da Lei nº 9.718/98, ao pretender ampliar o conceito de faturamento, empregado expressamente pela Constituição Federal, no intuito de colher a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da atividade por ela desenvolvida e da classificação contábil dessa receita;
- u) A alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, para ampliar o campo de incidência da Contribuição de Seguridade Social, de faturamento, para receita ou o do faturamento, apenas confirmou o entendimento acima exposto, haja vista que, se o termo faturamento fosse equivalente à receita, segundo pretende o legislador ordinário, não teria sentido tal alteração.
- v) A Emenda Constitucional nº 20/98 não tem condão de constitucionalizar a lei, já que a constitucionalidade da lei nº 9.718/98 deve ser apreciada sob o lume da Constituição Federal de 1988, mais precisamente, com a redação vigente na data da sua publicação. A posterior alteração pela edição da EC nº 20 é incapaz de invalidá-la.
- w) Ao editar a lei 9.718/98, diploma que aumentou a alíquota da COFINS, o legislador não atentou para diversos princípios constitucionais, entre eles o da isonomia (CF, art. 50 e 150, II), quando impôs de forma discriminatória o ônus da majoração da mencionada contribuição;
- x) Uma vez que os valores correspondentes à majoração da alíquota da COFINS serão devolvidos mediante compensação com valores apurados a título de CSLL, resulta evidente que estes valores não integram em definitivo as receitas da União. Nesse sentido, pode cogitar que a majoração da alíquota da COFINS tem natureza jurídica de empréstimo compulsório, pois os recursos assim arrecadados junto ao contribuinte, embora destinados ao atendimento de necessidades prementes de caixa serão devolvidos sob a forma de compensação. Por essa razão deveria ser instituído por lei complementar e não lei ordinária;
- y) A Taxa Selic é imprestável e ilegal para corrigir débitos fiscais, já que são instrumentos de política monetária por excelência. Referem-se s taxas de remuneração de capital.
- z) Os juros praticados através da Taxa Selic e incidentes sobre os débitos de tributos e contribuições sociais federais contemplam o execrável



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

anatocismo, posto que a referida taxa acumula os índices mensalmente apurados.

- z) No caso em debate impõem-se, em tudo por tudo, ao contrário do entendimento "a quo" que se realize a prova pericial, para verificar a idoneidade do levantamento fiscal. Também é essencial para a demonstração da existência de inadimplência em desfavor da recorrente.

Na fls. 573 consta a informação acerca da existência de processo de arrolamento de bens, sob nº 10909.000712/2004-91 e nas fls. 575/576 foi anexada petição da requerente informando que foram anexadas nos autos do Processo Administrativo nº 10909.000707/2004-88 todas as notas fiscais que emprestam validade aos lançamentos contábeis de devolução de mercadorias e requerendo que esses documentos sejam apreciados como provas complementares, em homenagem ao princípio da verdade material.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

VOTO

Conselheiro DANIEL SAHAGOFF, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e se encontram arrolados bens para garantia de seu prosseguimento, razões pelas quais o conheço.

Não obstante a decisão proferida pela instância "a quo", entendo não ser possível julgar o mérito da questão nessa oportunidade, já que permanecem dúvidas sobre apuração do lucro real da empresa autuada, em decorrência dos documentos anexados após o oferecimento do recurso voluntário nos autos do Processo Administrativo nº 10909.000707/2004-88

A despeito do disposto no artigo 15 do Decreto 70.235/72, que determina que a impugnação deve ser formalizada por escrito e instruída com toda a documentação que a corrobora, no prazo de 30 dias, a contar da intimação da exigência fiscal, em atenção ao princípio da verdade material, que norteia o processo administrativo fiscal, a documentação apresentada pelo contribuinte, ainda que apresentadas depois do oferecimento da defesa administrativa, deve ser conhecida e analisada.

Trata-se no caso presente em examinar a procedência do lançamento relativo à falta de recolhimento da COFINS, caracterizada pela constatação de "diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago".

Em sede de recurso voluntário, a recorrente aduziu que as diferenças apontadas pelo Fisco referem-se, entre outras argumentações, à existência de devolução de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

mercadorias, que por estarem registradas de forma incorreta na contabilidade, culminaram com o lançamento guerreado.

A fim de comprovar essas assertivas, a recorrente apresentou os documentos de fls. 589 a 875, nos autos do processo nº10909.000707/2004-88.

No caso específico das alegações relativas à devolução de mercadorias, a autoridade fiscal e a Delegacia de Julgamento só as desconsideraram por conta de que os valores registrados na escrituração a este título, não puderam ter sua veracidade atestada por documentos hábeis e idôneos.

Como bem mencionado pela instância "a quo", o artigo 923 do Regulamento do Imposto de Renda é claro ao estabelecer as hipóteses em que a escrituração comercial fará prova a favor do contribuinte:

"Art. 923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza e assim definidos em preceitos legais."

Como não houve a apresentação dos documentos mencionados (cópia da contabilidade e das notas fiscais), o julgamento de primeira instância não poderia ser outro, senão o apresentado e contido às fls. 503/513.

Ainda mais se considerarmos que o lançamento em debate não decorre de glosa de devoluções de mercadorias, mas tão somente da exigência de ofício dos valores referente a diferença entre o que está escriturado e o que foi efetivamente pago.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

Todavia, considerando que, após o oferecimento do recurso voluntário, a recorrente apresentou os documentos de fls. 589 a 875, no auto do processo nº 10909.000707/2004-88, em homenagem ao princípio da verdade material, esses documentos deverão ser apreciados pela autoridade fiscal antes do julgamento do recurso voluntário.

Com efeito, as alegações apresentadas pela recorrente e os documentos ora anexados devem ser analisados a fim de que se verifique se a contabilidade analisada por ocasião do lançamento, de fato, apresentava vícios de lançamento, passíveis de serem afastados em decorrência das novas provas anexadas.

Doutra parte, com relação a exclusão dos valores lançados de ofício a título de PIS, CSLL, IRPJ e ICMS da base de cálculo da COFINS, não há a necessidade da realização de perícia técnica, já que tais exclusão são expressamente proibidas por lei.

Como bem observou a instância "a quo", ao contrário do que ocorre com o Imposto sobre a Renda, no âmbito do qual a dedução de todos os tributos e contribuições é possível, segundo certas condições (artigo 344 do RIR/1999), na esfera da COFINS tal possibilidade é mais restrita, restringindo-se ao IPI e, também, ao ICMS, recolhido na condição de substituto tributário (inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 3º da Lei 9.718/98).

Dessa maneira, em que pesem as argumentações apresentadas pela recorrente, não há base legal para a exclusão do PIS, da CSLL e do IRPJ lançados em outros processos, bem como para o ICMS incidente sobre vendas próprias.

Ademais, além da matéria em debate ser exclusivamente de direito, o que por si já afastaria a necessidade da realização de perícia técnica, o requerimento não foi



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

efetuado na época oportuna, em conformidade com as determinações contidas no artigo 16 do Decreto 70.235/72:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

O pedido de produção de prova pericial em sede de impugnação deve ser acompanhado, necessariamente, da apresentação de quesitos e dos motivos que a justifiquem, consoante determina o artigo 16, do Decreto 70.235/72.

A recorrente, no entanto, requereu perícia para exame dos dados constantes de sua escrita fiscal, cujo teor já era de conhecimento do Fiscal. Simples pedidos de perícia da documentação contábil e fiscal do contribuinte desacompanhados da devida justificativa de sua imprescindibilidade são tidos, via de regra, como meramente protelatórios.

Assim, apenas seria necessário o reexame por outro especialista se bem demonstrada a questão que se queira discutir no levantamento fiscal e o motivo pelo qual a prova não possa ser trazida diretamente aos autos, já que os julgadores administrativos têm, como requisito para o exercício de suas funções, o conhecimento da matéria tributária. O que não ocorreu no fato em tela.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

Da mesma forma, no que se refere à exclusão de valores não recebidos (vinculados a um pretense volume de inadimplemento), incabível a realização de diligência ou perícia técnica.

Há que se ressaltar, como bem o fez a autoridade julgadora, que a apropriação de receitas deve ser feita por via do regime de competência, ou seja, as receitas devem ser, em regra, reconhecidas independentemente do efetivo recebimento dos valores.

As perdas no recebimento de créditos, para serem passíveis de reconhecimento na apuração do IRPJ e CSLL no âmbito do Lucro Real, precisam seguir as regras próprias para tal, previstas nos artigos 9º a 12 da Lei 9.430/96 (artigos 340 e 343 do RIR/99), as quais estabelecem que a dedução dos valores relacionados às pretensas perdas no recebimento de créditos depende dos valores em questão, do tempo de inadimplência e da existência de provas documentais e escrituradas.

Assim, independentemente da questão de direito vinculada à dedução das perdas por inadimplemento, os documentos anexados pela recorrente não se prestaram a sanar essas omissões. Os documentos fiscais e contábeis apresentados durante o curso da ação fiscal e até mesmo nesta oportunidade em outros autos não corroboram dessas alegações.

Por essa razão, não há que se falar na necessidade da realização de perícia técnica ou diligência para o julgamento dessas alegações.

No tocante às alegações de impossibilidade da exigência da COFINS com base na sua ilegalidade/inconstitucionalidade, cumpre mencionar que trata-se de matéria de direito, a qual deverá ser apreciada, após a manifestação da d. autoridade fiscal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA


Fl. _____

Processo nº : 10909.000708/2004-22
Resolução nº : 105-1.229

As questões relativas à aplicação da multa moratória e da Taxa Selic também se referem unicamente à matéria de direito e deverão ser apreciadas por ocasião do julgamento definitivo deste recurso.

Face ao exposto, a fim de possibilitar o julgamento do mérito, VOTO no sentido de converter o julgamento em diligência, somente para que a autoridade fiscal proceda à verificação dos documentos juntados e constate se tais documentos comprovam fatos que modifiquem o lançamento tributário anteriormente efetuado.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2005.


DANIEL SAHAGOFF