



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

Processo nº 11065.003220/2001-46
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-01.428 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2012
Matéria COFINS
Recorrente FRITZ TRANS SHOES AGENC TRANSP NAC INTER
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/1996 a 31/08/2001

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS.
INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo das contribuições para a COFINS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

COFINS. LEI Nº 9.718/98. RECEITAS TRANSFERIDAS PARA TERCEIROS. INEFICÁCIA.

O inciso III do § 2º do art. 3º, da Lei nº 9.718 ao prever que os “valores que, computados como receita tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentares expedidas pelo Poder Executivo”, embora vigente temporariamente, não logrou eficácia no ordenamento, em face de sua revogação pelo art. 47, inciso IV, da MP nº 1991-18 antes de qualquer iniciativa regulamentar.

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 01/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 06/06/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 01/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PER

EIRA

Impresso em 12/06/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A multa de ofício de 75 % (setenta e cinco por cento) aplicada nos lançamentos de ofício esta prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA. SELIC. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 4 DO CARF.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Ricardo Paulo Rosa, Luciano Pontes de Maya Gomes, Winderley Moraes Pereira, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e Nanci Gama.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão da DRJ, que passo a transcrever.

“Contra a interessada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 423/425 relativo a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social dos períodos de apuração de outubro de 1996 a agosto de 2001, totalizando R\$ 3.412.818,92 (três milhões, quatrocentos e doze mil, oitocentos e dezoito reais e noventa e dois centavos), com juros calculados até 28 de setembro de 2001.

De acordo com o Relatório de Verificação Fiscal (fls. 416/422) o lançamento de ofício foi efetivado ante a não inclusão de valores

na base de cálculo da contribuição, constituídos de faturamento denominado "reembolso". A interessada constitui-se em empresa de agenciamento de transporte. Ficou constatado pela fiscalização, através do exame dos livros contábeis e demais documentos, que a contribuinte contratava com suas clientes serviços de transporte e outros, recebendo o valor por tais serviços. No entanto, contratava diretamente outras empresas para a efetiva prestação do serviço de transporte, contabilizando como receita apenas a parcela que finalmente lhe cabia e como passivo circulante os demais valores (Débito — clientes e Crédito — Fretes a remeter exterior). Já no Livro de Apuração de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, considerava os valores pagos às empresas que contratava como não tributáveis, da mesma forma não os considerando na base de cálculo do PIS e da Cofins. O procedimento relatado não se coaduna com as normas comerciais e de tributação que determinam que a empresa pagadora contabiliza o pagamento realizado a uma credora, a qual compete contabilizar o valor recebido como receita e como custos os valores que por sua vez pagou a quem efetivamente realizou o serviço.

Às fls. 09/14 a contribuinte apresentou as bases de cálculo do PIS e da Cofins dos períodos de janeiro de 1996 a setembro de 2001, verificando-se que a partir de janeiro de 1997 começou a operar a filial em Porto Alegre e a partir de janeiro de 1998 também a de Curitiba.

Foram juntadas cópias dos documentos da interessada (fls. 05/413), a saber, Contratos Sociais e respectivas alterações, Notas Fiscais de prestação de serviços emitidas pela interessada, Livro Diário e Livro Registro Especial do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza e Plano de Contas adotado pela sua contabilidade. Através destes elementos a fiscalização verificou que a contribuinte considerava como sendo receita apenas os valores anotados como tributáveis para fins de apuração do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Os autuantes esclarecem que a juntada das Notas Fiscais e Balancetes foi efetuada a título de amostragem, para comprovar seu procedimento.

A interessada impugna tempestivamente o lançamento (fls. 442/461) alegando ter havido entendimento equivocado por parte da fiscalização, passando aos esclarecimentos para elucidar a sua posição. Alega tratar-se de empresa que trabalha com agenciamento de transportes nacionais e internacionais de cargas, que consiste na prática diária de procurar vender a prestação de serviços de transporte aéreo, terrestre e marítimo de cargas que as empresas transportadoras, que efetivamente realizam os serviços, oferecem ao mercado industrial brasileiro. Assim, sua receita consistiria no valor recebido pelo agenciamento das transportadoras pela colocação destes fretes. Os valores correspondentes aos fretes propriamente ditos cobrados dos clientes das transportadoras pela remessa de suas Mercadorias (remetentes das mercadorias, no caso de exportação, e destinatários das mercadorias nos casos de

importações) não poderiam conter as receitas auferidas pela empresa agenciado0 pois não pertenceriam a ela. Tais valores transitam pelo conta corrente que a interessada mantém em sua contabilidade pois esta seria a única forma de poder controlar os contratos que efetivamente são fechados entre as Companhias de Transportes e os clientes destas, de forma a não perder o controle dos seus serviços de agenciamento. Por amostragem, como feito pela fiscalização, afirma trazer ao Processo documentos relativos a algumas operações de agenciamento de fretes, nos quais se poderia conferir o quantum de remuneração que lhe é pago a título de agenciamento, referindo-se e exemplificando tanto operações de importação como de exportação.

Afirma também que o lançamento constituiria ato de tributação, ou seja, incluiria os mesmos valores na base de cálculo sobre os quais também incidirá a Cofins das empresas transportadoras.

Tentando elucidar melhor sua tese, compara seus serviços aos serviços bancários, nos quais o Banco recebe uma determinada quantia em dinheiro lançando-o em uma ficha razão de controle diário, gerindo esta conta em nome do depositante, passando a lançar a débito valores relativos às obrigações que este correntista assumiu e que pretende sejam debitados em conta pelo Banco, bem como creditar valores que cobra em nome do cliente, mediante o pagamento de remuneração Pelos serviços prestados. O fato do Banco cobrar os títulos de crédito e creditar os valores na conta do cliente, não implica dizer que os valores por ele recebidos 'destes títulos de créditos sejam receitas do Banco. Pela administração desta conta o Banco Cobrará pelos serviços prestados. O valor destes serviços, portanto, constitui a sua receita, e sobre ela incidirá PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, jamais podendo ser exigido do Banco o recolhimento destas contribuições sobre o saldo do depósito na conta do correntista.

Considera que da mesma forma deve ser tratada a sua atividade, considerando Como base de cálculo das contribuições apenas o valor do seu agenciamento, ou seja, apenas o valor da comissão auferida em cada frete e não o valor do frete em si.

Pelos diplomas legais apontados no Auto de Infração, considera não ter havido violação dos mesmos. Os valores que serviram de base de cálculo do Auto de Infração estariam ao abrigo do disposto no inciso III, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718, de 1998. 1 Ademais, considera que o serviço de agenciamento que presta em relação a mercadorias com destino ao exterior estaria isento do pagamento de Cofins, de acordo com a leitura que faz do artigo 70, da Lei Complementar nº 70, de 1991.

Afirma a juntada de documentos (03 a 238) que comprovariam as situações de exclusão e de isenção. Requer, por fim, o deferimento do prazo de 30 dias para juntada de documentos com a devida tradução e que após seja julgada procedente a impugnação com o cancelamento do Auto de Infração, de acordo com o artigo 156, IX, do CTN.

Com a impugnação, faz juntada do Instrumento de Mandato, e cópias da alteração do Contrato Social (documento 2, fls. 463/472), bem como de Contratos de Câmbio em que é compradora de moeda estrangeira remetida para o exterior ou recebedora de moeda estrangeira, Notas Fiscais de Serviços, Relatórios de Vendas emitidos pela VARIG S.A.- Viação Aérea Riograndense, Conhecimentos Aéreos emitidos pela mesma companhia, e outros elementos, alguns em língua estrangeira e outros nos quais não consta a interessada como agente.

Posteriormente requereu (fl. 859) a juntada de novos elementos, traduções efetivadas por Tradutora Comercial (fls. 860/941), relativas a Conhecimentos de Embarque, Faturas, Faxes, E-Mails, Informações Siscomex, manifestos de consolidação, transferências de clientes, declarações de contas e de containers, notas de créditos. Passados aproximadamente 7 meses da data do Auto de Infração, juntou Memorial (fls. 955/960), através de Procurador habilitado (instrumento de fl. 953/954), reiterando as razões já apresentadas (base de cálculo apenas sobre os valores do agenciamento e isenção de Cofins nos serviços internacionais), bem como insurgindo-se contra a incidência dos juros de mora e da multa de ofício.

Através do Acórdão 2.130, de 27 de fevereiro de 2003, esta 2ª turma de julgamento DRJ Porto Alegre manifestou-se no sentido julgar procedente o lançamento (962/971). E, precisamente por considerar extemporâneos os elementos probatórios trazidos ao processo a fls. 859/941, deles não tomou conhecimento, até mesmo porque o memorial de fls. 955/960 era mera reiteração das razões já apresentadas anteriormente na peça impugnatória.

Tempestivamente a autuada apresentou Recurso Voluntário ao então 2º Conselho de Contribuintes repetindo as razões da impugnação. Nada foi argüido quanto aos documentos apresentados extemporaneamente, após a apresentação da peça impugnatória.

Não obstante, em julgamento proferido em 17 de fevereiro de 2004, os membros da 3ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, consideraram nulo o acórdão recorrido pela ocorrência de cerceamento do direito de defesa da autuada.

Em 31 de agosto de 2004, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial de Divergência contra o Acórdão da 3ª Câmara, invocando inclusive precedentes do próprio 2º C.C. nos quais as provas e argumentos apresentados após a impugnação configuraram matéria preclusa (fls. 1.014/1.037). Devidamente cientificada da divergência, a empresa apresentou contra-razões ao Recurso da Procuradoria dentro do prazo de quinze dias, alegando que o acórdão DRJ Poa feriu os princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, violando também o art. 142 do CTN e o art. 31 do Paf.

A fls. 1.065/1.070 do presente processo a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais não conheceu do Recurso Especial

interposto pela Fazenda Nacional. Esta novamente compareceu aos autos em 04/10/2007 (fls. 1.074/1.076) apresentando embargos declaratórios apontando erro material, já que a ementa da CSRF não condiz com o teor do voto do relator.

Em despacho de 17 de outubro de 2008 (fls. 1.078) o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais encaminha os autos à relatora do acórdão "para a devida apreciação dos fatos apontados pela PFN".

Invocando o art. 42 do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, o mesmo Presidente, em 31/12/2008, a fls. 1.087/1.088 revisou o encaminhamento anterior, e, despachando novamente, entendeu que se tratava de mera inexatidão material devida a lapso manifesto, a qual foi solucionada pela retificação do acórdão, conforme fls. 1.090/1.095, onde foi substituída a ementa contraditória pela seguinte: "Por força Regimental, não caberá recurso especial de decisão de qualquer das Câmaras dos Conselhos que na apreciação de matéria preliminar decida pela anulação da decisão de primeira instância (art. 32, §3º)." Em 16 de fevereiro de 2009 (fls. 1.089) o Presidente da CSRF proferiu novo despacho, encaminhando à Secretaria da CSRF para implementação das providências e prosseguimento do processo, providência adotada em despacho datado de 16/02/2008 (fls. 1.096).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento manteve integralmente o lançamento. A decisão da DRJ foi assim ementada:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/1996 a 31/08/2001

Em atendimento a comando emanado de instância superior do contencioso tributário federal, profere-se novo acórdão examinando os argumentos e documentos juntados pela autuada após o prazo legal de 30 dias para impugnação e que haviam sido expressamente desconsiderados no primeiro julgamento.

Constitui base de cálculo da Cofins devida pela interessada o valor recebido das empresas contratantes, mesmo a parcela repassada para quem finalmente prestou o serviço.

EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS - As Receitas decorrentes de prestação de serviços para o exterior somente são isentas do pagamento da contribuição para a Cofins quando preencherem as condições previstas na legislação."

Cientificada da decisão da DRJ, a empresa apresentou recurso voluntário, requerendo a reforma da decisão, repisando as alegações apresentadas na impugnação. Reafirmando que o seu faturamento seria inferior àquele apurada pelo Fisco, alegando a

existência de receitas de serviços prestados a empresas sediadas no exterior e por fim questiona a multa de ofício e os juros moratórios constantes no Auto de Infração.

Ao analisar o Recurso, a Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara, resolveu determinar a baixa dos autos em diligência para que a Unidade Preparadora intimasse a Recorrente, a apresentar relatório dos serviços prestados a empresas sediadas no exterior no período de outubro de 1996 a agosto de 2001, com as seguintes informações: as empresas beneficiadas, o serviço prestado, data da realização e valores recebidos referentes a prestação do serviço.

Intimada em 14/10/2011, a Recorrente veio aos autos e apresentou manifestação alegando que o seu faturamento efetivo seria composto de percentuais que incidiriam sobre os contratos de fretes por ela agenciados, e quanto a documentação solicitada apresentou Balancetes referentes ao período de 01/03/1998 a 31/12/2001, Livros Razão dos períodos de janeiro/1996 a dezembro de 2000 e livro diário referente ao período de outubro a dezembro de 1999.

Concluída a diligência, retornaram os autos a este Conselho para prosseguimento do julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

O recurso atende os requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

Ao analisar a questão estamos novamente as voltas com a discussão sobre a composição do faturamento para as empresas que prestam serviços, onde se discute a possibilidade de se tributar apenas parte da receita, excluindo valores repassados a terceiros que efetivamente realizem os serviços contratados. A discussão já foi debatida várias vezes nesse conselho e comporta dois esclarecimentos para a resolução da lide.

Base de cálculo da COFINS prevista na Lei nº 9.718/98.

Inicialmente a discussão sobre a base de cálculo a ser utilizada para apuração da COFINS cumulativa sob a égide da Lei nº 9.718/98. Que quando da sua edição trouxe uma grande discussão sobre o alargamento da base de cálculo, que passou a comportar as receitas financeiras e outras além daquelas originárias das atividades da empresa. Assim estavam redigidos originalmente os art. 2º e 3º deste diploma legal.

“Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão

calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

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

§1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

Como é de conhecimento geral a questão já foi enfrentada pelo STF nos Recursos Extraordinários nº 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, quando foi decidido pela inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98. Abaixo a ementa da decisão no RE 358.273 de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.”

A impossibilidade deste colegiado em apreciar a inconstitucionalidade de normas legais não alcança a matéria em questão e entendo ser de aplicação deste colegiado, pois, apesar de não existir súmula vinculante tratando da matéria, a decisão foi realizada no âmbito do Tribunal Pleno e vem sendo adotada por aquela corte superior.

A possibilidade de afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, quando existe decisão do STF está prevista no inciso I, do Parágrafo Único, do artigo 62, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256, de 22 de junho de 2009.

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

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

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 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

A matéria também já foi objeto de julgamento na Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que decidiu no Acórdão nº 02-03.757, na sessão de 11 de fevereiro de 2009 pelo afastamento do alargamento da base de cálculo, previsto no § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Transcrevo abaixo a parte da ementa que trata da matéria.

“PIS. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.”

Afastado a ampliação da base de cálculo da COFINS, prevista na Lei nº 9.718/98, a COFINS volta a incidir somente sobre o faturamento nos termos da LC nº 7/70, sendo considerado a receita de venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços.

A base de cálculo da COFINS, conforme dito alhures, após discussão no STF ficou confirmada como a receita de bens e serviços.

A teor do relatado a receita da Recorrente compõe-se de valores recebidos para prestação de serviços de frete. Em que pese o seus argumentos que parte significativa dos valores seriam repassados a terceiros, é inconteste que a sua receita foi o total recebido. Se pagamentos a outros prestadores de serviços possam ser necessários para a execução dos fretes contratados, em nada afeta a sua receita, que foi faturada pelo valor total da prestação do serviço.

Impossibilidade da exclusão dos valores transferidos a outras pessoas jurídicas, na base de cálculo da COFINS.

O segundo aspecto a ser analisado refere-se ao argumento constante do recurso sobre possibilidade de exclusão dos valores transferidos a outras pessoas jurídicas no cálculo do PIS e da COFINS, nos termos previstos no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.718 de 1998, transcrito abaixo.

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

...

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

...

III – os valores que computados como receita tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;”

O inciso em questão foi revogado pela alínea “b”, do inciso IV, do art. 47, da Medida Provisória nº 1.991-18, de 9 de junho de 2000.

“Art. 47. Ficam revogados:

...

IV – a partir da publicação desta Medida Provisória:

...

b) o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.18, de 1998.”

Portanto, a discussão se delimita a um espaço temporal em que a norma existiu, entretanto, a sua eficácia ficou condicionado a regulamentação pelo Poder Executivo. Condição *sine qua non* para que pudesse produzir efeitos no mundo jurídico. A matéria já foi enfrentada dentro deste Conselho, sendo confirmada a necessidade da regulamentação do Poder Executivo para a eficácia do dispositivo legal em questão, conforme pode ser verificado no Acórdão nº 02-02.351, da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes.

**“Ementa: PIS. LEI Nº 9.718/98. RECEITAS REPASSADAS
PARA TERCEIROS. INEFICÁCIA.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 06/06/2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 01/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 12/06/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718 ao prever que os “valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentares expedidas pelo Poder Executivo”, embora vigente temporariamente, não logrou eficácia no ordenamento, face de sua revogação pelo art. 47, inciso IV, da MP nº 1991-18 antes de qualquer iniciativa regulamentar.”

O mesmo entendimento também está assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 544.104-PR (2003/0153491-5), de relatoria do Ministro Humberto Martins, cuja ementa transcrevo abaixo.

“TRIBUTÁRIO - TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - RECEITA BRUTA - PRETENDIDA COMPENSAÇÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA - ART.

3º, § 2º, INCISO III, DA LEI N. 9.718/98 - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO POR DECRETO DO PODER EXECUTIVO - POSTERIOR REVOGAÇÃO DO FAVOR FISCAL PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1991-18/2000 - PRECEDENTES.

Dispõe o artigo 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718 que poderiam ser excluídos da base de cálculo da contribuição devida a título de PIS e COFINS “os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo”.

A aplicabilidade da referida norma esteve condicionada, até sua revogação pela Medida Provisória 1991-18/2000, à edição de decreto pelo Poder Executivo Federal.

A exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores que, ao constituírem a receita da empresa, fossem transferidos para outra pessoa jurídica, somente poderia ocorrer após a devida regulamentação. Se tal não se deu, inviável o deferimento da pretensão do contribuinte.

Agravo regimental improvido.”

Portanto, diante da falta de regulamentação do Poder Executivo, não existe amparo legal para exclusão dos valores transferidos a outras pessoas jurídicas, na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Receitas recebidas de empresas sediadas no exterior.

Por fim, o recurso traz a alegação que parte da receita teria sua origem na prestação de serviços a empresas sediadas no exterior, o que tornaria isentas estas receitas para efeito do cálculo das contribuições.

Tal fato reside legalmente em verdade, pois a legislação considera isentas as receitas provenientes da venda de bens e prestação de serviços a empresas sediadas no exterior, entretanto, tais operações necessitam de comprovação, pois como cediço as isenções não se presumem sendo necessária a comprovação dos fatos alegados.

Tal entendimento foi o fator primordial para a resolução da Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara, que determinou a diligência para que a Recorrente apresentasse relatório e documentos comprobatórios das operações com empresas sediadas no exterior.

Na resposta apresentada e nos documentos juntados aos autos, a Recorrente não prestou os esclarecimentos determinados pela diligência. Não apresentou relatório das operações com empresas sediadas no exterior, tampouco os documentos comprobatórios destas operações. A resposta da Recorrente se resumiu a afirmar a alegação, que somente parte de suas receitas comporiam a base de cálculo das contribuições. Fato já analisado anteriormente nesta mesma peça, onde foi esclarecido que a exclusão da base de cálculo pretendida pela Recorrente, carece de amparo legal.

As provas que foram buscadas por meio da diligência, foram claramente delineadas na resolução da Terceira Turma da Quarta Câmara, não restando nenhuma dúvida quanto aos esclarecimentos e documentos a serem apresentados.

O lançamento constituído pelo Fisco teve origem nas informações da própria Recorrente e a discussão sobre as receitas recebidas de empresas sediadas no exterior já consta dos autos desde a impugnação, posição rechaçada pela decisão de piso por falta de comprovação. O Recurso Voluntário trouxe novamente a mesma alegação, o que ensejou a diligência determinada no âmbito deste conselho, e novamente não foram tragos aos autos os esclarecimentos e a documentação necessária a comprovação das operações.

A autoridade fiscal tem o ônus da comprovação dos fatos quando da realização do lançamento tributário. Entretanto, estamos tratando de caso diverso. O lançamento foi motivado por informações constantes da contabilidade da Recorrente e a decisão da primeira instância manteve integralmente o lançamento não aceitando o argumento da existência de operações com empresas sediadas no exterior, por falta de comprovação documental. A modificação da decisão recorrida, somente poderia ocorrer com a comprovação da existência das operações alegadas. A simples afirmação, sem a apresentação de documentação comprobatória, não pode ser analisada, muito menos, obrigar a outra parte que promova a busca das provas necessárias à comprovação dos fatos constantes do recurso.

Analisando a situação da necessidade da prova, lembro a lição de Humberto Teodoro Júnior. “Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência de um direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”¹

Multa de ofício e juros moratórios utilizando a taxa SELIC.

Quanto ao questionamento da multa de ofício no valor de 75% (setenta e cinco por cento), não assiste razão a recorrente, a multa, objeto do lançamento no Auto de Infração está prevista no inciso I, do art. 44, da Lei 9.430/96, sendo aplicada nos lançamentos de ofício para exigência de tributos.

“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;”

No caso em tela foi realizado o lançamento de ofício, formalizado por meio do Auto de Infração e, portanto, torna-se obrigatória a exigência da multa de ofício no valor de 75% (setenta e cinco por cento) aplicada sobre o valor do tributo exigido.

Por fim, o contribuinte se insurge sobre a cobrança de juros de mora e utilização da taxa SELIC. Também nesta matéria não assiste razão a recorrente, os juros moratórios incidem sobre o crédito tributário não integralmente pago, no intuito de corrigir os valores devidos, sem se configurar em penalidade.

A previsão para a cobrança dos juros de mora consta do art. 161 do Código Tributário Nacional.

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

Depreende-se da leitura do § 1º que a cobrança de um por cento fica afastada no caso de lei dispuser de modo diverso. No caso em análise, a legislação trouxe novos valores de cobrança, em substituição àquele original, que vem a ser o art. 2º do Decreto-Lei 1.736/79, alterado pelo artigo 16 do Decreto-Lei 2.323/87 com redação dada pelo artigo 6º do Decreto-Lei 2.331/87 e art. 54 parágrafo 2º da Lei 8.383/91.

Quanto ao cabimento da cobrança de juros de mora, utilizando a taxa SELIC. O CARF editou a súmula nº 4, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”.

Portanto, a cobrança dos juros moratórios utilizando a taxa SELIC é matéria já sumulada e de aplicação obrigatória nos julgamentos deste colegiado.

Por fim, o Recurso traz argumentos de ofensa a preceitos constitucionais no lançamento ora combatido. Estas afirmações não serão objeto de discussão por este colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Winderley Moraes Pereira