



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

Processo n° 11070.002684/2009-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-002.414 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2014
Matéria PIS E COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente REDEMAQ REAL DISTRIBUIDORA DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2008 a 31/03/2009

CONCOMITÂNCIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL

O contribuinte que optar pela via judicial está prescindindo da via administrativa, uma vez que aquela prefere esta. Ao tribunal administrativo é defeso julgar matérias levadas ao judiciário.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

É legítima 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 Selic.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2008 a 31/03/2009

CONCOMITÂNCIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL

O contribuinte que optar pela via judicial está prescindindo da via administrativa, uma vez que aquela prefere esta. Ao tribunal administrativo é defeso julgar matérias levadas ao judiciário.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

É legítima 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 Selic.

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.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente e Relator.

EDITADO EM: 02/02/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Paulo Guilherme Déroulède, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Contra a empresa recorrente foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de PIS e de Cofins, relativo a fatos geradores ocorridos entre fevereiro de 2008 e março de 2009, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a Recorrente apropriou créditos das exações nas aquisições de mercadorias sujeitas aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica (art. 43 da MP nº 2.158-35/2001, Lei nº 10.483/2002 e Lei nº 10.833/2003, art. 3º, inciso I, letra “a”, com alterações posteriores, art. 17 da Lei nº 11.033/2004 e art. 16 da Lei nº 11.116/2005).

Inconformada com a autuação a empresa interessada impugnou o lançamento, cujas razões de alegação foram resumidas pela decisão recorrida nos seguintes termos:

1. em preliminar, pede a nulidade do auto de lançamento, visto que ele não contém todos os elementos necessários exigidos pelo Decreto nº 70.235, de 1972, na medida que se limita a apontar como enquadramento legal determinados dispositivos legais, de forma genérica. Além disso, os dispositivos legais apontados, ao contrário de dar sustentação à pretensão fiscal, garantem o direito de crédito da empresa. A empresa está prejudicada em seu direito de defesa, já que o ato formal de constituição do crédito tributário contempla vícios. Ele é manifestamente ilegal, não alcançando a presunção de validade que lhe é característica. O ato formal omitiu-se

me especificar a matéria tributável a lhe dar suporte de validade. Infringiu, assim, a CF, devendo ser declarado nulo o lançamento;

2. registra entendimentos sobre a não-cumulatividade, e diz que há direito de crédito de PIS e de COFINS em relação às aquisições tributadas quando a saída é isenta, não tributada, imune ou tributadas com alíquota zero. Conforme o art. 16 da MP nº 204, de 2004 (atualmente art. 17 da Lei nº 11.033, de 2004), os contribuinte cujas operações de venda são isentas, não tributadas, tributadas com alíquota zero ou com suspensão têm direito. à manutenção dos créditos de PIS e COFINS decorrentes da aquisição de insumos;

3. diz não existir na legislação que rege a matéria qualquer restrição ao crédito efetuado pela empresa. Ao contrário, existe expressa autorização legal para que isto ocorra (art. 17 da Lei nº 11.033, de 2004). Ainda que houvesse restrição, tal seria inconstitucional, porquanto a não-cumulatividade deve ser entendida como integral e absoluta, nunca parcial e relativa. O direito de abatimento é garantido constitucionalmente (art. 195, § 12, da CF). A CF não dá margens para que o legislador ordinário restrinja o princípio da não-cumulatividade, autorizando, apenas, que sejam definidas as categorias econômicas para as quais as contribuições seriam não-cumulativas;

4. entende que o caráter de não-cumulatividade inerente às contribuições para o PIS e para a COFINS deve ser interpretado de forma ampla, devendo a técnica base contra base ser atentamente observada, não podendo qualquer legislação infraconstitucional restringir o direito ao crédito;

5. assenta que sendo a empresa revendedora de mercadorias, onde sua operação de venda é tributada com alíquota zero, suspensa, não tributada ou isenta, tem ela direito à manutenção dos créditos de PIS e de COFINS decorrentes da aquisição de insumos vinculados a esta vendas, em função do regime da não-cumulatividade;

6. diz ser confiscatória a multa de ofício aplicada, havendo transgressão de princípios constitucionais e do Direito Civil;

7. refere serem inexigíveis juros de mora com base na taxa SELIC, impondo-se sua substituição por juros de 1% ao mês, não capitalizados, e correção monetária calculada com base na variação da UFIR, visto que qualquer outra forma de calcular os juros encontrará obstáculo no § 3º do art. 192 da CF.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre - RS julgou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 10-35.416, de 08/11/2011, cuja ementa abaixo se transcreve.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2008 a 31/03/2009

NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

É infundada a argüição de nulidade dos lançamentos, por cerceamento do direito de defesa, se os dispositivos legais que os fundamentaram encontram-se descritos nos Autos de Infração, o TVF descreve as infrações cometidas pela contribuinte, e a peça

impugnatória é apresentada com desenvoltura suficiente para contradizer o suposto cerceamento do direito de defesa.

*INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO
REGULARMENTE EDITADA. PRESUNÇÃO DE
LEGITIMIDADE.*

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a argüição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos normativos, bem como a legislação regularmente editada goza de presunção de constitucionalidade e de legalidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2008 a 31/03/2009

*INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. TRIBUTAÇÃO
CONCENTRADA. PRODUTOS. AQUISIÇÃO.
DISTRIBUIDOR/COMERCIANTE. REVENDA. APURAÇÃO DE
CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.*

No regime da não-cumulatividade da COFINS, a aquisição de produtos sujeitos à tributação concentrada não gera créditos para o comerciante na revenda/distribuição dos mesmos por expressa vedação legal, não se aplicando à hipótese a disposição contida no art. 17 da Lei nº 11.033, de 2004.

CONTRIBUIÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Sujeitam-se a lançamento de ofício os valores apurados em decorrência de auditoria fiscal, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2008 a 31/03/2009

*INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. TRIBUTAÇÃO
CONCENTRADA. PRODUTOS. AQUISIÇÃO.
DISTRIBUIDOR/COMERCIANTE. REVENDA. APURAÇÃO DE
CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.*

No regime da não-cumulatividade do PIS, a aquisição de produtos sujeitos à tributação concentrada não gera créditos para o comerciante na revenda/distribuição dos mesmos por expressa vedação legal, não se aplicando à hipótese a disposição contida no art. 17 da Lei nº 11.033, de 2004.

CONTRIBUIÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Sujeitam-se a lançamento de ofício os valores apurados em decorrência de auditoria fiscal, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2008 a 31/03/2009

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se a tributos e não a multa, e se dirige ao legislador.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo ser dispensada.

Ciente desta decisão em 22/11/2011 (AR de fl. 805), a interessada ingressou, no dia 13/12/2011, com o recurso voluntário de fls. 806/821, no qual renova as alegações da impugnação sobre a nulidade do lançamento, o direito ao crédito nas saídas isentas, não tributadas e com alíquota zero, o caráter confiscatório da multa de ofício e a inexigibilidade da Taxa Selic no cálculo dos juros de mora.

Na sessão de 23/05/2013 a Turma de Julgamento decidiu converter o julgamento em diligência, nos termos da Resolução nº 3302-000.304, para as seguintes providências:

1- relacionar todos os processos de ressarcimento trabalhados no mesmo procedimento fiscal do Termo de Verificação Fiscal deste processo, indicando a situação atual de cada um deles (aguardando julgamento de manifestação de inconformidade, aguardando julgamento de recurso voluntário, aguardando julgamento de embargos de declaração, aguardando julgamento de recurso especial, encerrado, arquivado, etc.);

2- intimar a empresa recorrente a apresentar cópia da Petição Inicial do Mandado de Segurança nº 2009.71.05.001421-0, bem como das decisões de mérito acaso proferidas no mesmo (Sentença e Acórdão do TRF);

3- intimar a empresa interessada a informar se, além do mandado de segurança do item 2, possui outra ação judicial, individual ou coletiva, por qualquer modalidade, impetrada antes ou depois (i) da ocorrência do fato gerador do créditos tributários deste processo ou (ii) da lavratura do auto de infração, discutindo o direito de crédito de PIS e Cofins nas aquisições de mercadorias sujeitas aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica do PIS e da Cofins. Em caso positivo, apresentar cópia da Petição Inicial e das decisões de mérito acaso proferidas (Sentença e Acórdãos do TRF);

4- Diante dos elementos apresentados pela empresa recorrente, manifestar-se (no Relatório da Diligência) sobre a existência, ou não, de concomitância de objeto deste processo com as ações judiciais a que se refere os itens 2 e 3, acima.

5- dar ciência à recorrente desta Resolução e do resultado da diligência, abrindo-lhe o prazo previsto no Parágrafo Único do art. 35 do Decreto nº 7.574/11 para manifestação.

A diligência foi realizada.

Foi juntado aos autos cópia das peças solicitadas, relativas ao Mandado de Segurança nº 2009.71.05.001421-0, e a empresa Recorrente informou que não possui outra ação judicial versando sobre alguma matéria constante do presente processo.

Os processos de ressarcimento trabalhados no mesmo procedimento fiscal do Termo de Verificação Fiscal estão relacionados no Termo de Constatação Fiscal, sendo que todos eles estão aguardando o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Recorrente.

Sobre a existência de concomitância deste processo com o referido mandado de segurança, a Autoridade da RFB, após discorrer sobre o objeto e o andamento da ação, concluiu o seguinte:

“Diante do exposto, com base nos elementos apresentados pela empresa referente à ação judicial MS nº 2009.71.05.001421-0, conclui-se pela existência de concomitância de objeto deste processo com a ação judicial patrocinada pela empresa, que embora tenha tentado dar uma conotação diferente ao crédito pleiteado na ação, e objeto da ação fiscal, materialmente é o mesmo, ou seja, créditos apurados sobre aquisições de mercadorias para revenda (tratores, colheitadeiras e peças), sujeitas aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica das contribuições do PIS e da COFINS”

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário foi admitido na sessão 23/05/2013.

Como relatado, a empresa Recorrente apresentou diversos PER/DCOMP e, ao realizar os procedimentos fiscais para apurar a liquidez e certeza dos créditos pleiteados, a Fiscalização constatou que a empresa interessada escriturou e utilizou indevidamente créditos do PIS e da Cofins na aquisição de mercadorias sujeitas aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica (art. 43 da MP nº 2.158-35/2001, Lei nº 10.483/2002 e Lei nº 10.833/2003, art. 3º, inciso I, letra “a”, com alterações posteriores, art. 17 da Lei nº 11.033/2004 e art. 16 da Lei nº 11.116/2005).

Diante da inexistência de crédito e da existência de saldo devedor, os pedidos de ressarcimento foram indeferidos e foram lavrados os autos de infração controlados neste processo.

A impugnação apresentada pela empresa autuada foi julgada improcedente pela DRJ em Porto Alegre – RS, que não conheceu do mérito da autuação, em face da existência de ação judicial com o mesmo objeto.

No Recurso Voluntário a empresa interessada renova as alegações da impugnação sobre a nulidade do lançamento, o direito ao crédito nas saídas isentas, não tributadas e com alíquota zero, o caráter confiscatório da multa de ofício, a inexigibilidade da Taxa Selic no cálculo dos juros de mora e a concomitância com a ação judicial declarada pela decisão recorrida.

Quanto à preliminar de nulidade do auto de infração, não há reformas a fazer na decisão recorrida.

Ao contrário do alegado pela Recorrente, o Auto de Infração está instruído com os elementos necessários à comprovação do delito tributário cometido pela empresa Recorrente, representado pelos documentos anexos ao Auto de Infração,

Também é absolutamente inverídica as alegações da Recorrente de que o procedimento fiscal limitou-se a apontar, de forma genérica, determinados dispositivos legais e que estes dispositivos dão sustentação à sua pretensão. Nem a decisão recorrida e nem a decisão final, proferida no Mandado de Segurança nº 2009.71.05.001421-0, confirmam essas alegações. Ao contrário, os dispositivos legais citados no Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal, integrante do Auto de Infração, estão em perfeita harmonia com os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração.

Diga-se que os fatos que levaram à lavratura do Auto de Infração foram claramente descritos pela autoridade lançadora, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, conforme bem disse a decisão recorrida.

Não há, portanto, nenhuma nulidade no lançamento, devendo ser rejeitada a preliminar neste sentido, suscitada pela Recorrente.

Quanto ao mérito, a primeira matéria é a existência, ou não, de direito ao crédito de PIS e Cofins não cumulativos, apurado sobre aquisições de mercadorias para revenda (tratores, colheitadeiras e peças), sujeitas aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica das ditas contribuições do PIS e da COFINS

Sobre essa matéria, as peças do Mandado de Segurança nº 2009.71.05.001421-0, juntadas aos autos no curso da Diligência, não deixam nenhuma dúvida sobre a concomitância de objeto, e conseqüente aplicação da Súmula Carf nº 1, nos dois litígios (administrativo e judicial), como bem disse a Autoridade responsável pela realização da diligência:

“Diante do exposto, com base nos elementos apresentados pela empresa referente à ação judicial MS nº 2009.71.05.001421-0, conclui-se pela existência de concomitância de objeto deste processo com a ação judicial patrocinada pela empresa, que embora tenha tentado dar uma conotação diferente ao crédito pleiteado na ação, e objeto da ação fiscal, materialmente é o mesmo, ou seja, créditos apurados sobre aquisições de mercadorias para revenda (tratores, colheitadeiras e peças),

sujeitas aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica das contribuições do PIS e da COFINS”

Estando a matéria submetida ao Judiciário pela contribuinte é também certo que prejudica a discussão dentro da seara administrativa, em face da evidente sujeição das partes às eventuais determinações emanadas do Poder Judiciário, independente de o resultado ser favorável ou contrário às pretensões da recorrente.

Ademais, o Carf pacificou o entendimento de que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, nos termos da Súmula Carf nº 1, abaixo reproduzida.

Súmula CARF nº 1 - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Registre-se que a concomitância é em relação ao objeto da ação e não ao período de ocorrência do fato gerador do tributo. Portanto, para a aplicação da Súmula Carf nº 1 não é necessário a coincidência de período de apuração no processo administrativo e no processo judicial. Basta haver identidade de matéria, como é o caso dos autos. As razões que levaram a Recorrente a impetrar o mandado de segurança também são irrelevantes para a caracterização da concomitância e, conseqüente, para a aplicação da Súmula Carf nº 1.

Portanto, não se conhece do Recurso Voluntário, nesta parte.

Com relação ao percentual da multa de ofício lançada, não cabe à autoridade administrativa, por absoluta falta de competência, conhecer as alegações relativas ao seu caráter confiscatório, a teor dos arts. 97 e 102 da CF/88. Os juízos quanto ao princípio do não-confisco tributário e da proporcionalidade da reprimenda em relação à falta têm como destinatário imediato o legislador ordinário e não autoridade administrativa. Estando o percentual da multa fixado em lei, cabe à Administração apenas velar pelo seu fiel cumprimento. No caso em tela, a multa de ofício aplicada foi a prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96¹.

Com relação à utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, o Carf firmou entendimento de que a mesma é cabível, a teor da Súmula CARF nº 4 (DOU de 22/12/2009), abaixo reproduzida:

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.

¹ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).
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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Ainda sobre a utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, na sessão do dia 18/05/2011, o Pleno do STF julgou o RE 582.461, cujas matérias questionadas foram reconhecidas como de repercussão geral. Nesse julgamento o STF reconheceu legítima a incidência da taxa Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso. Tal decisão é de aplicação obrigatório por parte deste CARF, nos termos do art. 62-A do seu Regimento Interno.

Por fim, ratifico e, supletivamente, adoto os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999²).

Por tais razões, que reputo suficientes ao deslinde, voto no sentido de não conhecer do recurso quanto à matéria apreciada pelo Poder Judiciário e, na parte conhecida, voto para negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator

² Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.