



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

Processo nº 11075.001058/2005-36
Recurso nº 239.740 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.342 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2009
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente FRIZON & FRONZA LTDA.
Recorrida DRJ em SANTA MARIA-RS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2001, 01/04/2002 a 30/11/2002, 01/03/2003 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERÍCIA NÃO DEFERIDA. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A perícia não constitui direito subjetivo do sujeito passivo e seu indeferimento, por si só, não configura cerceamento do direito de defesa capaz de ensejar a nulidade da decisão proferida.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INDENIZAÇÃO POR SEGURO.

As receitas decorrentes de indenização por seguro não compõem a base de cálculo da Cofins na hipótese de fatos geradores submetidos à Lei nº 9.718, de 1998, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, dessa lei, declarada pelo Pleno do STF.

RECEITA DE VENDAS. FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO.

Comprovando-se que a venda não teve o fim específico de exportação ou que a mercadoria exportada não é a mercadoria vendida, mas o produto resultante de processo de industrialização sobre essa mercadoria, deve ser exigida a Cofins sobre a receita decorrente dessa venda.

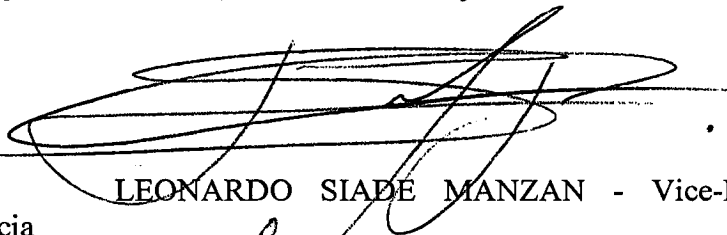
NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. MULTA DE OFÍCIO. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

No lançamento de ofício, é cabível a imposição de multa no percentual previsto em lei legitimamente inserta na ordem jurídica nacional, o qual não pode ser reduzido sob o argumento de ofensa ao princípio do não-confisco.

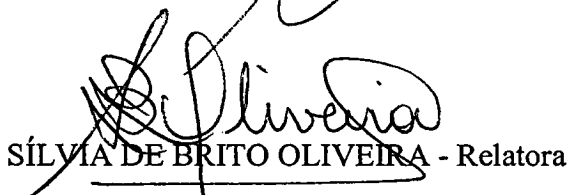
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nayra Bastos Manatta.



LEONARDO SIADÉ MANZAN - Vice-Presidente no exercício da
Presidência



SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA - Relatora

EDITADO EM 03/11/2009

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

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nestes autos foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência de crédito tributário relativo à Contribuição para financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos entre outubro de 2001 e outubro de 2003, com os juros moratórios e a multa aplicável nos lançamentos de ofício.

O lançamento, com ciência à contribuinte em 29 de abril de 2005, foi efetuado em virtude de a fiscalização ter constatado recolhimento em valores menores que os devidos, por não ter a contribuinte incluído na base de cálculo do tributo as receitas de vendas efetuadas às pessoas jurídicas Bianchini S/A e Giovelli & Cia. Ltda. e receita decorrente de seguro recebido.

Conforme Relatório de Atividade Fiscal (RAF) às fls. 18 a 23, tais receitas foram excluídas da base de cálculo da Cofins por decorrerem de exportação indireta de soja e trigo, sendo por isso isentas, nos termos do art. 14 da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; contudo, ficou comprovado, por documentos anexados aos autos, às folhas indicadas no referido RAF, que as vendas realizadas para as pessoas jurídicas supracitadas não tiveram o fim específico de exportação.

A exigência tributária foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria-RS (DRJ/STM) julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão constante das fls. 611 a 629, ensejando a interposição do recurso voluntário das fls. 636 a 645, para alegar, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, visto que foi indeferido o seu pedido de perícia para produção de provas, que dependem do exame de documentos de terceiros, e, ao mesmo tempo, a motivação da decisão que julgou o lançamento procedente foi a não comprovação dos fatos alegados.

No mérito, alegou-se, em síntese, que:

I – os valores recebidos a título de indenização de seguro por sinistro, não integra a base de cálculo da Cofins, pois, além de indenização não ser receita, esses valores não configuram receita de vendas de mercadorias e/ou serviços, nos termos da Lei Complementar nº 70, 30 de dezembro de 1991, e o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, foi declarado inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF);

II – quanto às receitas de vendas, trata-se de operações realizadas ao amparo do art. 14, incs. VIII e IX, e § 1º, da MP nº 2.158-35, de 2001, pois são vendas no mercado interno, com o fim específico de exportação, a empresa comercial exportadora, nos termos do Decreto-lei nº 1.248, de 1972, ou a empresas registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Secex), conforme memorandos de exportação e informações do Sisbacen já anexadas aos autos;

III – não remanescem dúvidas quanto à efetiva destinação ao exterior das mercadorias vendidas pela recorrente;

IV – deve ser assegurado à recorrente o direito de apurar o tributo em conformidade com o regime da não-cumulatividade, caso este se mostre menos oneroso;

V – a multa aplicada é confiscatória, tendo em vista a ausência de dolo ou má-fé por parte da contribuinte, que informou todos os elementos necessários ao lançamento e, por isso deve sofrer apenas a penalidade atribuída às faltas moratórias;

VI – havendo declaração prestada diretamente pelo contribuinte, a falta de pagamento do tributo dá azo à direta propositura da ação executiva, sendo, pois, desnecessária a instauração de procedimento administrativo tendente ao recebimento do tributo; e

VII – o simples fato de se ter lavrado o auto de infração não pode ensejar o agravamento da penalidade, pois contribuintes em situação semelhante, que não foram autuados, pagarão os débitos declarados apenas com os encargos moratórios. Assim, há de se considerar presente causa determinante de dúvida na aplicabilidade da norma infracional, e aplicar-se a penalidade moratória, conforme art. 112 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Ao final, a recorrente pediu o provimento do seu recurso para acolher a preliminar de nulidade ou os seus pedidos sucessivos.

É o relatório.

Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo, pois, ser conhecido.

Preliminarmente, registre-se que, no âmbito do processo administrativo de determinação e exigência de crédito tributário, as diligências e perícias prestam-se à formação da convicção do julgador quanto à matéria a ser decidida, por isso compete-lhe determinar sua realização de ofício e deferir ou indeferir o pedido apresentado pelo sujeito passivo, conforme a seu juízo, seja a perícia ou a diligência necessária ou não a essa formação de convicção, conforme estabelecido o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações da Lei nº 8.748, de 1993, que transcreve-se:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Sobre isso, reproduzo trecho dos comentários de Antonio Airton Ferreira no trabalho “Processo Administrativo Fiscal” disponível no sítio www.fiscosoft.com.br:

(...)

A perícia não integra o rol dos direitos subjetivos do autuado. A perícia é prova de caráter especial, cabível nos casos em que a interpretação dos fatos demanda juízo técnico. Todavia, ela não integra o rol dos direitos subjetivos do autuado, podendo o julgador, se justificadamente entendê-la prescindível, não acolher o pedido.

(...)

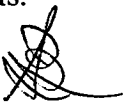
No caso em exame, o indeferimento do pedido de perícia foi fundamentado e a prova das alegações apresentadas na impugnação não depende de conhecimento técnico especializado. Sendo assim, caberia à contribuinte apresentar, junto com a peça impugnatória, as provas dos fatos alegados, conforme art. 16, § 4º, do precitado Decreto.

Em face disso, não vislumbro na decisão recorrida o cerceamento do direito de defesa ou qualquer vício capaz de ensejar-lhe a nulidade.

Na peça recursal, a contribuinte reforçou a necessidade de realização de perícia e juntou cópias de alguns memorandos de exportação, que comprovariam os fatos por ela alegados.

Pelas mesmas razões que fundamentaram a decisão recorrida em relação ao pedido de perícia, indefiro o pedido reforçado na fase recursal, observando que os documentos anexados ao recurso podem, em tese, constituir indícios de prova da venda com fim específico de exportação das mercadorias objeto das operações amparadas pelas notas fiscais ali relacionadas. Contudo, na apuração da base de cálculo do tributo lançado, a fiscalização indicou as notas fiscais relativas às glosas das deduções da base de cálculo feitas pela recorrente, conforme demonstrativo das fls. 24 a 30 e os memorandos de exportação da empresa Bianchini juntados pela recorrente relativos ao período autuado referem-se a exportação de óleo de soja e farelo de soja e não à soja vendida pela recorrente àquela empresa.

Destarte, não há nos autos sequer indícios da ocorrência dos fatos alegados pela recorrente, sendo, pois, despicienda a perícia requerida, mormente considerando que a fiscalização fez constar do processo os elementos probatórios da sua acusação, conforme fls. indicadas no RAF.



Quanto ao mérito, verifica-se, primeiro, que a incidência da Cofins sobre as receitas de indenização por seguro não pode prosperar diante da declarada inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, pois uma vez afastado esse dispositivo legal do ordenamento jurídico, a contribuição em comento deve incidir sobre receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, nos termos da Lei complementar nº 70, de 1991.

A recorrente alegou que, por força do art. 14, inc. VIII e IX, c/c § 1º, da MP nº 2.158-35, de 2001, as receitas aqui tributadas estariam isentas da contribuição para o PIS. Ocorre que tal isenção é concedida, em suma, às receitas de vendas realizadas com o fim específico de exportação para o exterior e, nestes autos, a fiscalização comprovou, com as notas fiscais objeto da autuação, os memorandos de exportação e as declarações dos compradores das mercadorias, que a soja vendida pela recorrente passou por processo de industrialização e o que efetivamente foi exportado foram os produtos dessa industrialização (farelo de soja e óleo de soja) ou que o comprador não comprou com o fim específico de exportar.

Quanto à apuração da Cofins pelo regime não-cumulativo, observe-se que a não-cumulatividade na cobrança da Cofins foi instituída pela Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e, em conformidade com seu art. 93, a possibilidade de cobrança dessa contribuição pelo regime da não-cumulatividade só existe para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 2004 e, ademais, o art. 10, inc. II, dessa mesma lei manteve as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado sujeitas às normas anteriormente vigentes, as quais não amparam a pretensão da recorrente, que, conforme Declarações do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (DIPJ) constantes deste processo, é tributada com base no lucro presumido.

Alegou-se ainda o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada. Ocorre que tal multa está prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações posteriores, e tal diploma legal encontra-se em vigor e foi legitimamente inserto na ordem jurídica pátria, por isso, considerando a estrita vinculação legal da atividade administrativa, não poderia a fiscalização, tampouco este colegiado, afastar sua aplicação, conforme art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Cumpre notar também que o mero fato de não se ter ocorrência de conduta dolosa não possui o condão de afastar a multa de setenta e cinco por cento aplicável nos lançamentos de ofício, apenas não se tem tipificado fato passível de imposição da multa em percentual duplicado.

Registre-se ainda que a ofensa do dispositivo legal que veicula a multa imposta a princípios constitucionais não é matéria oponível na via administrativa e, sobre isso, foi editada a Súmula nº 2, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, de aplicação obrigatória por este colegiado, por observância ao disposto no art. 72, § 4º, do precitado Regimento Interno. Referida Súmula possui o seguinte teor:

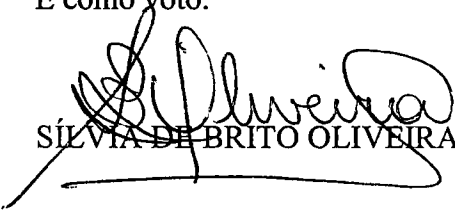
O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária

Quanto a tratar-se de débito declarado passível de imediata remessa para cobrança pela Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN), observe-se que o tributo lançado não fora declarado, pois trata-se de receita não oferecida à tributação, visto que deduzida da base de cálculo na apuração do PIS devido pela recorrente.

Sobre a alegação de que o simples fato de se ter lavrado o auto de infração não poderia ensejar a imposição da penalidade, note-se que o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, é claro quanto à imposição da multa nos lançamentos de ofício, não havendo aqui nenhuma dúvida sobre a aplicabilidade da norma.

Pelas razões expostas, voto pelo provimento parcial do recurso voluntário para cancelar a exigência tributária apenas sobre as receitas decorrentes de indenização por seguro, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, declarada pelo Pleno do STF.

É como voto.


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA