



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n° 11516.002213/2004-14
Recurso n° 129.799 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão n° 202-18.480
Sessão de 22 de novembro de 2007
Recorrente COPISA COMÉRCIO DE PISOS E AZULEJOS LTDA.
Recorrida DRJ em Florianópolis - SC

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 15/12/07
Rubrica

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22/02/08
Celma Maria de Albuquerque
Mat. Siape 94442

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/08/1999 a 31/08/1999,
01/05/2000 a 30/06/2003

Ementa: NULIDADE. CERCEAMENTO DE
DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do auto de infração quando presentes todas as formalidades previstas na legislação em vigor. A legislação cuja ofensa deu origem ao lançamento, bem como aquela na qual foi baseado o cálculo dos encargos legais, estão perfeitamente especificadas no auto de infração. Preliminar rejeitada.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Apurada falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

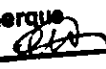
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ANTONIO CARLOS AYULIM

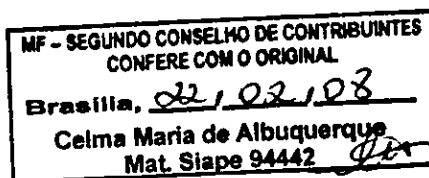
Presidente


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Relatora

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22/02/08
Celma Maria de Albuquerque
Mat. Siape 94442 

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Antônio Lisboa Cardoso.



Relatório

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de apuração de 08/1999 e 05/2000 a 06/2003.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida:

“Por meio do Auto de Infração de fls. 201 a 205, integrados pelos demonstrativos de fls. 206 a 213, foi exigida da contribuinte acima qualificada a importância de R\$...., acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora devidos à época do pagamento, a título de Contribuição para o financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Conforme Termo de Verificação de fls. 182 a 194 e Descrição do Fatos de fls. 203 a 205, verifica-se que a autuação se deu em razão da apuração de diferenças entre os valores declarados e os apurados de acordo com as informações prestadas pela contribuinte, em relação à COFINS, nos meses de agosto de 1999, maio de 2000 a junho de 2003.

Foram, também, detectadas outras infrações (omissão de receitas decorrentes de passivo fictício, glosa de custos ou despesas não comprovadas e glosa de despesas financeiras), as quais ensejaram os lançamentos de IRPJ e decorrentes (PIS, COFINS e CSLL), formalizados no processo de nº 11516.002214/2004-69.

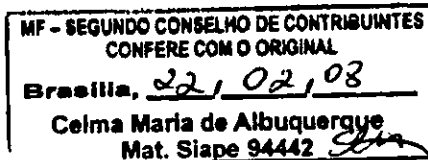
Encerrando os trabalhos fiscais, foi elaborada Representação Fiscal Para Fins Penais, protocolizada sob o nº 11516.002212/2004-70.

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 217 a 241, argüindo, preliminarmente, a nulidade do presente lançamento.

A interessada alega às fls. 217 a 219 (item II), a falta de coerência entre o Termo de Verificação, o Demonstrativo Consolidado de Crédito e o Auto de Infração e seus anexos, o que não teria lhe permitido saber como os juros de mora, os encargos e a atualização monetária foram calculados e tampouco a origem e natureza da multa. Desta forma, lhe teria sido impedido o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente.

Aduz que não basta mencionar a legislação, devendo o ato fiscal indicar: o valor originário do débito; os juros que incidem sobre este, assim como a data a partir da qual devem ser computados e sua forma de calcular ou a taxa aplicável; demais encargos previstos em lei; e a atualização monetária acompanhada de seu fundamento legal e data de seu início.

No item III (fls. 219 a 221), a contribuinte requer a compensação do crédito lançado com os valores que haveria recolhido a maior nos meses de fevereiro de 1999 e junho de 2000. Alega que durante todo o ano-calendário 1999 e meados de 2000 deixou de excluir da receita bruta valores que foram transferidos para outras empresas. Assevera que tal exclusão estava prevista no artigo 3º, parágrafo 2º, inciso III,



que vigorou desde fevereiro de 1999 até agosto de 2000, quando foi revogado pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 10 de junho de 2000. Aduz que, apesar do referido dispositivo legal prever a regulamentação pelo poder Executivo de tal exclusão, a lei nº 9.718/1998 teria sido suficientemente clara ao autorizar a exclusão, prescindindo de qualquer regulamentação para ser executada.

A impugnante, nos itens IV e V (fls. 221 a 237), discorre longamente sobre a taxa SELIC, contestando sua aplicação tendo em vista seu caráter remuneratório e não moratório. Além disso, argúi a constitucionalidade do referido índice afirmando que contraria o art. 192 da Constituição Federal que limita as taxas de juros a 12%, ou seja, 1% ao mês. Cita decisões judiciais corroborando sua tese, requerendo, ao final a redução da taxa de juros para 1% a.m.

Às fls. 237 a 240 (item VI), a contribuinte contesta a multa de ofício de 75% alegando ter esta caráter confiscatório, conflitando com o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, requerendo sua redução para 2%, em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor.

Pede, ainda, à fl. 241, para 'aguardar o deslinde do presente litígio administrativo para possível representação penal, tudo consubstanciado nos fatos e fundamentos esposados nesta peça'.

É o relatório."

Por meio do Acórdão DRJ/FNS nº 5.526, de 28 de janeiro de 2005, os Membros da 4ª Turma da DRJ em Florianópolis - SC decidiram, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

"Ementa: APURAÇÃO DO CREDITO TRIBUTÁRIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INAPLICABILIDADE – Estando presentes nos autos todos os elementos que permitiram a determinação do crédito tributário lançado, incabível a alegação de cerceamento do direito de defesa.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO – 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 legais regularmente editados.

Lançamento Procedente".

Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente alega que:

i. é nulo o auto de infração em razão de ausência da forma de cálculo dos juros, encargos e atualização monetária;

ii. o Fisco deveria fazer a compensação de ofício de valores que alega ter recolhido a maior durante todo o ano de 1999 até "meados" de 2000;

iii. inconstitucionalidade da taxa Selic;

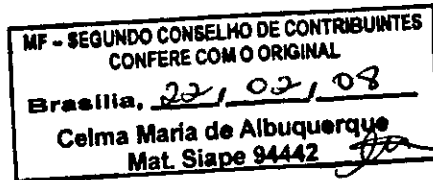
iv. multa aplicada (75%) é confiscatória.

Consta dos autos comprovante da realização do arrolamento de bens, na época, obrigatório para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22/02/08
Celma Maria de Albuquerque
Mat. Slape 94442 *CM*





Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo, pelo que dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração lavrado contra a contribuinte para exigir-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de apuração de 08/1999 e 05/2000 a 06/2003, em razão da apuração de diferenças entre o valor escriturado e o declarado.

Repisando as alegações apresentadas na impugnação, as matérias que a contribuinte traz em seu recurso são as seguintes:

- i. é nulo o auto de infração em razão de ausência da forma de cálculo dos juros, encargos e atualização monetária;
- ii. o Fisco deveria fazer a compensação de ofício de valores que alega ter recolhido a maior durante todo o ano de 1999 até “meados” de 2000, tendo em vista a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei nº 9718/98 antes da revogação ocorrida pela MP nº 1991-18;
- iii. é inconstitucional a taxa Selic;
- iv. a multa aplicada (75%) é confiscatória.

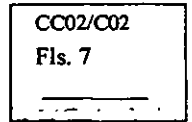
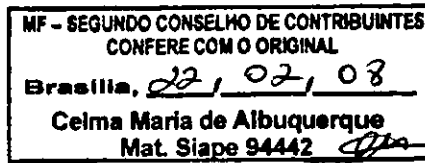
Preliminar de nulidade

Quanto à preliminar de nulidade, à fl. 258, a contribuinte assim se posiciona: *“Visível desde logo, pois data vênua, que o Termo de Verificação, o Demonstrativo Consolidado de Crédito e o Auto de Infração e seus anexos, não guardam coerência porque padecem de grave erro. E o que é gravíssimo neles é a forma de calcular ao juros de mora, encargos e atualização monetária; tampouco a origem e a natureza da ‘multa’; aliás, é impossível saber o que está a cobrar, porque nada é explicado detalhadamente nos referidos documentos.”*

Na seqüência (fl. 260), alega, ainda, a contribuinte que: *“...impossível ao recorrente exercer seus direitos constitucionais supracitados, tornando-se viciado o presente lançamento fiscal.”* (grifei)

O que a contribuinte alega não ser possível entender no auto de infração é a forma de calcular os juros de mora e multa, razão por que, em seu entender, o auto de infração estaria maculado por nulidade uma vez que não teria sido possível sua defesa. Contudo, ao verificar as alegações de mérito trazidas no recurso, contradiz-se frontalmente a contribuinte posto que se insurge contra a aplicação da Selic e, em prolongada argumentação, a multa de 75% que entende confiscatória.

Ora, não pode a contribuinte alegar ser “impossível” exercer o seu direito de contraditório e ampla defesa, quando, no mérito, tece prolongadas considerações a respeito da



aplicabilidade da Selic. Se para tanto lhe foi possível identificar que houve sua utilização para atualização do crédito tributário, não há que se falar em cerceamento de defesa.

E mais, no tocante à multa, se não é possível de entendê-la ou se tampouco se identificou a sua origem e natureza, também não seria possível construir sua defesa baseada em inconstitucionalidade por entender ser confiscatório o percentual de 75% sobre o crédito tributário.

Em se tratando de processo administrativo, o contraditório consiste em se reconhecer ao contribuinte fiscalizado o direito de saber que está e por que está sendo fiscalizado, de ter vista dos autos do processo administrativo e dos documentos anexos, de indicação e produção de provas que entender necessárias à sua defesa e, finalmente, de exercer o seu direito à defesa propriamente dito.

A ampla defesa está correlacionada ao contraditório e exige que em cada passo do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando, pois, na igualdade entre elas. Representa uma garantia constitucional de “ser ouvida”.

Cercear o direito de defesa da contribuinte seria justamente retirar-lhe a possibilidade de exercitar o contraditório e a ampla defesa.

Não é o que se verifica *in casu*. Como se observa às fls. 262 e 278, a contribuinte não só foi capaz de identificar e entender o índice de atualização utilizado pela fiscalização (Selic), como também a natureza da multa, uma vez que dentre suas alegações de mérito está justamente a inconstitucionalidade da aplicação da Selic e da multa de ofício de 75%.

Demais disso, a indicação, em Demonstrativo, dos percentuais aplicados a título de multa de ofício e juros de mora, e a respectiva base legal, permite ao contribuinte verificar a correção dos valores lançados e afasta a possibilidade de ter havido cerceamento do direito de defesa, a macular de nulidade o auto de infração

Portanto, estando o enquadramento legal e a descrição dos fatos aptos a permitir a identificação da infração imputada ao sujeito passivo, assim como dos respectivos consectários legais, não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento de defesa.

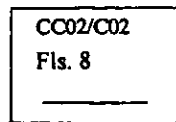
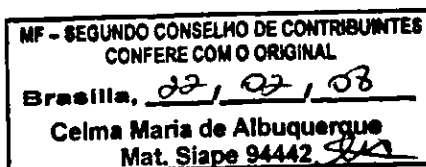
Mérito

No mérito, melhor sorte não resta à contribuinte, senão vejamos.

Alega a contribuinte que durante todo o ano de 1999, até meados de 2000, efetuou o recolhimento da Cofins sem excluir da receita bruta os valores que, computados como receita, foram transferidos para outras empresas. Em função disso, entende que o próprio Fisco deveria fazer o cálculo desses valores para que fossem compensados de ofício com o crédito tributário lançado.

Alega possuir créditos na aplicabilidade do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que assim dispunha:

“§ 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."

Destarte, a contribuinte sequer traz a demonstração de valores, planilhas ou documentos que registrem pagamentos supostamente transferidos a terceiros. A palavra ônus, do latim ônus, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga; a quem cabe o ônus da prova, quer se saber, a quem cabe a necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal tem-se como regra: aquele que alega algum fato é quem deve provar. Nesse sentido, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Neste caso, se a contribuinte alega que possui créditos compensáveis, deveria trazer para o julgador a documentação suporte para o feito, ou seja, a existência de fatores excludentes.

Apenas, pelo amor ao debate, se pudéssemos ultrapassar esta etapa comprobatória, ainda assim, teríamos como consequência a não auto-aplicabilidade do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Nesse sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça a respeito da exclusão prevista no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, e que põem fim à discussão quanto à aplicabilidade dessa norma:

"EMENTA. 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.

(STJ-AgRg no Ag 544104/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, 15.08.2006)

EMENTA. TRIBUTÁRIO - PIS - LEI 9.718/98 - REGRA DE INTERPRETAÇÃO.

1. O artigo 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98, estabeleceu regra de exclusão condicionada a regulamento do Poder Executivo.

J *φ*

2. *Condição não implementada, sendo revogada a regra de exclusão pela MP 1991-18/2000.*

3. *Legalidade da norma contida e condicionada a regulamento.*

4. *Recurso especial improvido."*

(REsp 502263/RS; Rel. Ministra Eliana Calmon; 16/09/2003).

Além do mais, a compensação é uma opção da contribuinte, ou seja, uma faculdade que lhe é conferida por lei, e não obrigação do Fisco. O fato de eventualmente ser detentora de créditos junto à Fazenda Nacional, o que sequer foi comprovado nos autos, não invalida o lançamento de ofício.

Alega, ainda, ser inconstitucional a utilização da Selic como índice de atualização monetária e que o percentual de 75% de multa de ofício é confiscatório.

Verifica-se que os consectários legais encontram-se expressamente estabelecidos em lei. A multa relativa ao lançamento de ofício, no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 e os juros de mora, com base na taxa Selic, no art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, c/c o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996. No que diz respeito aos juros, é lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa Selic conforme precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC.

Conclusão

Diante de todo o exposto, uma vez que as alegações da contribuinte são desprovidas de quaisquer fundamentos legais, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

