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

Processo nº 13433.000416/2005-01
Recurso nº 255.112 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.370 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de novembro de 2009
Matéria COFINS/PIS - FALTA DE RECOLHIMENTO - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO
Recorrente COMÉRCIO SALIMAR LTDA.
Recorrida DRJ RECIFE - PE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2001

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS. Precedentes do STJ.

As autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

COFINS. OMISSÃO DE RECEITA. PROVA. INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR SECRETARIA DE ESTADO.

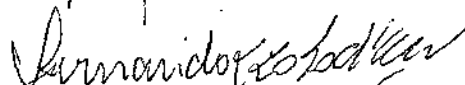
A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser manter a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. Precedentes

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Nayra Bastos Manatta - Presidenta


Fernando Luiz da Gama Lobo D'eça - Relator

EDITADO EM 19/01/2010

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 388/414 Vol III) contra o v. Acórdão nº 11-20.677 de 29/10/07 constante de fls. 368/377 (vol. II) exarada pela da 2ª Turma da DRJ-Recife - PE que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar "procedentes", "os seguintes lançamentos originais de:

a) **COFINS** (MPF nº 0420200/00048/05 fls. 05/16 – vol. I), notificado em 18/05/05 (fls. 05 vol. I), no valor total de **R\$ 521.581,62** (COFINS R\$ 261.982,01; Multa R\$ 196.486,37; e Juros R\$ 63.113,24), que acusou a ora Recorrente de "**falta ou insuficiência de recolhimento da COFINS**" no período de 31/10/01 a 31/12/04 conforme Relatório de Ação Fiscal de fls. 19/22, razão pela qual, a d. Fiscalização considerou infringidos os dispositivos capitulados no AI e devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9430/96 e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96; e

b) **Contribuição para o PIS** (MPF nº 0420200/00048/05 fls. 190/201 – vol. II), notificado em 18/05/05 (fls. 190 vol. II), no valor total de **R\$ 113.007,41** (PIS R\$ 56.762,59; Multa R\$ 42.571,81; e Juros R\$ 13.673,01), que acusou a ora Recorrente de "**falta ou insuficiência de recolhimento do PIS**" no período de 31/10/01 a 31/12/04 conforme Relatório de Ação Fiscal de fls. 204/207, razão pela qual, a d. Fiscalização considerou infringidos os dispositivos capitulados no AI e devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96

Depois de consignar que a impugnação era tempestiva preenchendo os demais pressupostos de admissibilidade, r. decisão de fls. 368/377 (vol. II) da 2ª Turma da DRJ-Recife - PE, houve por bem julgar "procedentes", os lançamentos originais, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

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

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2001, 01/01/2002 a
31/12/2004

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A. falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR. DE NULIDADE. •

Estando os atos administrativos consubstanciadores do lançamento revestidos de suas formalidades essenciais e, não tendo restado comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa nem de qualquer outra hipótese expressamente prevista na legislação, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO, CARÁTER CONFISCATÓRIO.

O princípio do não-confisco, constitucionalmente expresso, refere-se aos tributos e não às sanções, além de dirigir-se ao legislador e não à Administração Tributária.

JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC.

Sobre os débitos tributários para com a União não pagos nos prazos previstos em lei aplicam-se juros de mora, calculados com base na taxa Sebe.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCION ALIDADE E ILEGALIDADE. INCOMPEIÊNCIA PARA APRECIAR.

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 normativos regularmente editados.

DECISÕES 'JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões judiciais, mesmo que proferidas por tribunais superiores, só produzem efeitos para as partes envolvidas no processo.

MATÉRIA NÃO-IMPUGNADA, EFEITOS.

Não havendo contestação expressa dos fins apontados, pressupõe-se a concordância da autuada em relação à parte não impugnada, o que implica sua indiscutibilidade no âmbito do processo administrativo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/200

01/01/2002 a 31/12/2004

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO,

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.



PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos consubstanciadores do lançamento revestidos de suas formalidades essenciais e, não tendo restado comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa nem de qualquer outra hipótese expressamente prevista na legislação, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

MULTA DE OFICIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

O princípio do não-confisco, constitucionalmente expresso, refere-se aos tributos e não às sanções, além de dirigir-se ao legislador e não à Administração Tributária.

JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC.

Sobre os débitos tributários para com a União não pagos nos prazos previstos em lei aplicam-se juros de mora, calculados com base na taxa Selic.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

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 normativos regularmente editados.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões judiciais, mesmo que proferidas por tribunais superiores, só produzem efeitos para as partes envolvidas no processo.

MATÉRIA NÃO-IMPUGNADA. EFEITOS.

Não havendo contestação expressa dos fatos apontados, pressupõe-se a concordância da autuada em relação à parte não impugnada, o que implica sua indiscutibilidade no âmbito do processo administrativo.

Lançamento Procedente"

Nas razões de Recurso Voluntário (fls. 866/893 Vol V) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta que a decisão de 1ª instância merece "reforma" tendo em vista que: a) a revisão do posicionamento do STF no sentido de exclusão da base de cálculo do PIS, a aplicação da repercussão geral e o princípio da isonomia; b) o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e vedação de confisco;

Voto

Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'êça, Relator

O Recurso é tempestivo mas, no mérito não merece provimento.

Inicialmente verifico que sequer poderia ser conhecida a serôdia alegação sobre a exclusão do ICMS da base das contribuições não argüida por ocasião da impugnação, e que portanto se acha preclusa, nos expressos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72 (P.A.F., com redação determinada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997) e da Jurisprudência deste E. Conselho que reiteradamente entende ser inadmissível a apreciação, em grau de recurso de matéria que não foi suscitada na instância a quo (cf. Ac. nº 202-15690 da 2ª Câm. do 2º CC no Rec. nº 122963, Proc. nº 13051.000127/99-24, Rel. Cons. Henrique Pinheiro Torres, em sessão de 07/07/04).

Ainda que assim não fosse, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/06, Rel. Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 29/05/06 p. 169)

Da mesma forma, a Jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelo Poder Legislativo (como é o caso v.g. da alegação de vedação ao confisco), sendo certo ainda que, no caso serôdiamente excogitado (exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como

ocorre com as autoridades administrativas, mesmo "os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello). (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ vol. 188/237)

No mais deve ser mantida a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, eis que omissão de receita apurada com base em informações e declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova do faturamento e das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória o interessado não apresenta provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser manter a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório, como já assentou a Jurisprudência do E. STJ e se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO. PROVA EMPRESTADA. FISCO ESTADUAL. ARTIGO 199 DO CTN. ART. 658 DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA (ART. 936 DO RIR VIGENTE).

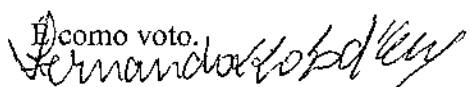
1. O artigo 199 do Código Tributário Nacional prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações, desde que observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

2. O art. 658 do Regulamento do Imposto de Renda então vigente (Decreto nº 85.450/80, atualmente art. 936 do Decreto nº 3.000/99) estabelecia que "são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições deste Regulamento e permitindo aos fiscais de tributos federais colher quaisquer elementos necessários à repartição, todos os órgãos da Administração Federal, Estadual e Municipal, bem como as entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista".

3. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar valor probante à PROVA EMPRESTADA, coligida mediante a garantia do contraditório (RTJ 559/265).

4. Recurso especial improvido." (cf. Ac. da 2ª Turma do STJ no REsp. nº 81.094-MG, Reg. nº 1995/0063138-5, em sessão de 05/08/04, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publ. in DJU de 06/09/04 p. 187)

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao **Recurso Voluntário**, para. mantendo no mais a r. decisão recorrida.

É como voto.

Fernando Luiz da Gama Lobo D'êça