



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

Processo nº 13603.002048/2004-47
Recurso nº 142.788 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.247 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2009
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS EBORENSE LTDA.
Recorrida DRJ em BELO HORIZONTE-MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/12/2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. INCABÍVEL.

Não se configura cerceamento do direito de defesa quando o lançamento encontra-se instruído com os demonstrativos de apuração da base de cálculo cujos valores tenham sido extraídos dos livros contábeis e de declarações apresentadas pela própria contribuinte.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. NULIDADE. INCABÍVEL.

As diligências e perícias destinam-se à formação da convicção do julgador, a quem é facultado indeferir os pedidos de diligência ou de perícia que julgar desnecessária para a solução da controvérsia e tal indeferimento não imprime vício capaz de ensejar a nulidade da decisão, tampouco do lançamento.

ALEGAÇÕES FÁTICAS. PROVA NECESSÁRIA.

Alegações fáticas desprovidas de provas não podem ser acolhidas para cancelar a exigência tributária formalizada com base nas informações constantes da escrita contábil e de declarações da contribuinte.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. COFINS. DECADÊNCIA.

O prazo para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo à Cofins é de cinco anos contado da ocorrência do fato gerador.

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, em nada afeta o lançamento da Cofins cuja base de cálculo é composta apenas por

receita de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza

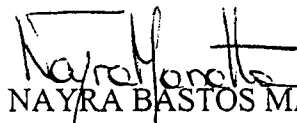
JUROS MORATÓRIOS. SELIC. SÚMULA Nº 3.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares de nulidade argüidas; e II) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, para cancelar a exigência relativa aos fatos geradores anteriores a dezembro de 1999, em face da decadência.


NAYRA BASTOS MANATTA

Presidenta


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Fernando e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada neste processo foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência tributária relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de outubro de 1999 a dezembro de 2003, com a multa aplicável nos lançamentos de ofício e os juros moratórios correspondentes.

Constam das fls. 144 e 145 Avisos de Recebimento (AR) do auto de infração com datas de 13 de dezembro de 2004 e de 15 de dezembro de 2004, respectivamente.

Ensejou a constituição de ofício do crédito tributário a constatação de diferenças entre os valores declarados e os escriturados pela contribuinte, conforme descrição dos fatos no auto de infração.

A peça fiscal foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte-MG (DRJ/BHE) julgou procedente o lançamento, nos termos

do voto condutor do Acórdão constante das fls. 192 a 202, ensejando a interposição do recurso voluntário constante das fls. 210 a 226 para alegar, em preliminar a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, uma vez que a fiscalização não logrou comprovar a ocorrência do ilícito, e por ilegalidade patente, visto que o lançamento foi efetuado ao arrepio do art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e, ainda, por preterição do direito de defesa, em face da negativa da produção de prova pericial pela instância recorrida.

Ainda em preliminar, foi alegada a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores anteriores a novembro de 1999, visto que, ao caso, há de aplicar o art. 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – código Tributário Nacional (CTN).

No mérito, a recorrente alegou, síntese, que:

I – não foram demonstradas as diferenças alegadas e as deduções legais e os pagamentos efetuados não foram considerados pela fiscalização;

II – as diferenças alegadas decorrem da exclusão da base de cálculo operada pela contribuinte das bonificações concedidas pelos fornecedores, visto que elas não configuram faturamento;

III – a alteração do conceito de faturamento do art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, pela Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional, não podendo a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, convalidar o art. 3º, § 1º, dessa lei;

IV – uma vez que a Lei nº 9.718, de 1998, foi publicada no Diário Oficial de 30 de novembro de 1998, ela só pode ser aplicada aos fatos geradores ocorridos a partir de março de 1998, em virtude do disposto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal;

V – a multa de ofício é claramente confiscatória e a vedação ao confisco está prevista no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal; e

VI – a utilização da taxa referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), no âmbito tributário, não encontra fundamento de validade na Constituição Federal, além de colidir com o disposto no art. 161, § 1º, do CTN.

Ao final, a recorrente solicitou a nulidade do auto de infração e a decadência dos fatos geradores anteriores a novembro de 1999 ou determinada a produção de prova pericial ou, ainda, no mérito, sem a cancelada a exigência fiscal ou excluída a multa confiscatória e declarada a ilegalidade da taxa Selic.

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.

Sobre a preliminar de nulidade do lançamento, note-se que, conforme registrado no próprio auto de infração, ele decorreu da constatação de diferenças entre os valores declarados e os escriturados pela contribuinte. Assim, as cópias das folhas resumo das Declarações de débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) correspondentes aos períodos autuados, que constam das fls. 20 a 22, do livro registro de apuração do ICMS, do livro Razão e das Declarações do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (DIPJ), às fls. 26 a 117, são provas suficientes para a sustentação fática do feito fiscal.

Dessa forma, o processo está instruído com elementos de prova necessários a comprovar a ocorrência do fato gerador e a permitir a apuração do tributo devido, não havendo, aqui, nenhuma ofensa ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972.

Ademais, registre-se que a contribuinte fora intimada a apresentar livros contábeis e fiscais, obteve duas prorrogações do prazo para essa apresentação e, mesmo assim, deixou de apresentar os livros razão e diário de 1999 e os livros fiscais de 1999 a 2001 e de 2004, razão pela qual a base de cálculo da Cofins referente aos fatos geradores de 1999 foi apurada com base no livro de apuração do ICMS e a relativa aos fatos geradores de 2000, foi exatamente a base de cálculo declarada na DIPJ.

Quanto à negativa de produção de prova pericial pela DRJ/BHE, cumpre lembrar que as diligências e perícias destinam-se à formação da convicção do julgador e, por isso, nos termos do art. 18 do supracitado Decreto, cabe ao julgador indeferir os pedidos de diligência ou de perícia que julgar desnecessários ao deslinde da controvérsia e tal indeferimento, por si só, não é capaz de macular a decisão com vício de nulidade.

Relativamente à decadência, assiste razão à recorrente, pois não se pode olvidar que, na sessão plenária de 12 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte enunciado:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Por conseguinte, uma vez que a publicação do enunciado vinculante por meio da imprensa oficial deflagra a sua imediata eficácia, notadamente para a Administração Pública, impõe-se que se afaste a aplicação dos dispositivos legais declarados inconstitucionais e se aplique ao caso, por tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o art. 150, § 4º do CTN, que estabelece prazo quinquenal, contado a partir da ocorrência do fato gerador, para a Fazenda Pública formalizar a exigência tributária.

Em face disso, há que se reconhecer extinto, na forma do art. 156, inc. V, do CTN, o crédito tributário decorrente dos fatos geradores anteriores a dezembro de 1999.



Quanto ao mérito da exigência, note-se que, conforme quadro demonstrativo às fls. 16 a 18, as bases de cálculo da Cofins lançada compreendem apenas as receitas de vendas deduzidas das vendas canceladas e os valores foram extraídos do livro razão e das DIPJ entregues pela contribuinte e somente nos períodos de 1999, por não ter a contribuinte apresentado os livros solicitados pela fiscalização, tais valores foram os constantes do livro registro de apuração do ICMS também apresentados pela própria contribuinte.

Assim sendo, a fiscalização nada apurou que não fosse do conhecimento da recorrente e os demonstrativos, com as deduções cabíveis, são mesmo aqueles das fls. 16 a 18.

Sobre a ocorrência de possíveis pagamentos não deduzidos pela fiscalização a recorrente não logrou trazer aos autos os comprovantes desses pagamentos e alegações fáticas devem ser acompanhadas dos elementos probatórios para serem acolhidas.

Quanto a possível exclusão da base de cálculo da Cofins de valores concernentes a bonificações dos fornecedores, eximo-me de apreciar a matéria de direito, visto que também não consta dos autos nenhum elemento capaz de fornecer indício do fato alegado.

No que se refere à inconstitucionalidade do 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, conforme dito alhures, a receita tributada por meio do auto de infração em exame é composta apenas de receita de venda, estando, pois, em perfeita consonância com o disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991.

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.

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.

Às razões recursais relativas à utilização da taxa Selic no âmbito tributário opõe-se a Súmula nº 3, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, que possui o seguinte teor:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

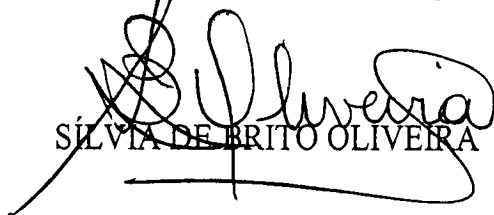


Por fim, registre-se que a razão recursal referente à data a partir da qual poderia a Lei nº 9.718 produzir efeitos não será aqui apreciada, visto que os fatos geradores objeto da autuação são muito posteriores ao mês de produção desses efeitos defendido pela recorrente.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade argüidas e, no mérito, voto pelo provimento parcial do recurso voluntário para cancelar a exigência tributária decorrente dos fatos geradores anteriores a dezembro de 1999, por tratar-se de crédito tributário extinto pela decadência.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2009



SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA