



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

Processo nº 13603.002817/2003-26
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-002.271 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2014
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente COSATRIL - COMERCIAL SANTA TRINDADE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/10/1997, 01/01/1998 a 31/12/1998

BASE DE CÁLCULO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL. UTILIZAÇÃO DE VALORES DA RECEITA BRUTA INFORMADOS NA DIPJ. POSSIBILIDADE.

Na falta de apresentação dos livros da escrituração contábil e fiscal, a fiscalização pode apurar a base de cálculo da Cofins com base nos valores da receita bruta mensal extraídos da Declaração de Informação da Pessoa Jurídica (DIPJ) apresentada pelo contribuinte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/10/1997, 01/01/1998 a 31/12/1998

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. REGRA DE CONTAGEM. TERMO INICIAL.

Na falta de pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo quinquenal de decadência do direito de constituir o crédito tributário tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO APÓS O PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO LANÇADO. EXCLUSÃO DA AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Considera-se extinto pela decadência o crédito tributário constituído após término do prazo quinquenal de decadência, que, nesta condição, deve ser excluído da autuação.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. COMPROVADA A SONEGAÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MAJORADO. POSSIBILIDADE.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24.03.2004

Autenticado digitalmente em 21/10/2014 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 21

/10/2014 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por RICARDO PAULO ROS

A

Impresso em 30/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

É devida a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) se comprovada a prática de sonegação fiscal mediante ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. APRESENTAÇÃO TEMPESTIVA DOS ESCLARECIMENTOS. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL AGRAVADO. IMPOSSIBILIDADE.

Não é passível de agravamento em 50% (cinquenta por cento) o percentual da multa de ofício, normal ou qualificada, se o sujeito passivo presta os esclarecimentos na forma e no prazo estabelecidos na intimação realizada pela autoridade fiscal.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS. LEGALIDADE.

Após o vencimento, os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) devem ser acrescidos dos juros moratórios, calculados com base na variação da Taxa Selic (Súmula CARF nº 4).

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para reconhecer a decadência em relação aos fatos geradores do ano de 1997 e reduzir a multa ao percentual de 150%. nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, José Luiz Feistauer de Oliveira, Miriam de Fátima Lavocat de Queiroz e Demes Brito.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adota-se o relatório contido na decisão de primeiro grau, que segue integralmente transcrito:

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o auto de infração de fls. 04/12 para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora calculados até 28/11/2003 e multa de ofício de 225%, no montante de R\$5.047.667,87, abrangendo fatos geradores compreendidos nos anos-calendário de 1997 e 1998.

Na descrição dos fatos, consta que houve falta de recolhimento da Cofins, tendo o valor sido apurado conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal em anexo.

No citado TVF de fls. 14/23, a fiscalização fez constar, em síntese, os seguintes registros:

I – Dos fatos Conforme Termo de Constatação de fl. 26, a fiscalização compareceu no endereço cadastral do contribuinte, em 27/03/2001, com o intuito de cientificá-lo do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF (fls. 27/28). No local, foi encontrada a empresa JM Cereais Ltda., que desconhecia o paradeiro do fiscalizado.

Frustrada a tentativa de dar ciência pessoal, foi encaminhado o TIAF, via postal, para o domicílio eleito do sócio Alceu Gontijo (doc. fls. 29/30). Em 05/04/2001, foi ainda afixado o Edital nº 02/2001, cientificando o contribuinte da existência do citado termo.

No dia 24/04/2001, a Sra. Sônia Maria Campos Rios, advogada, nomeada representante da empresa sob ação fiscal, compareceu à DRF/Contagem/MG. Entre outros registros, o contribuinte solicitou a prorrogação do prazo para o cumprimento do TIAF, no que foi atendido (doc. fls. 31/32 e 34).

Em 11/05/2001, o contribuinte, além de justificar a impossibilidade de atendimento do TIAF, solicitou nova prorrogação de prazo (doc. fls. 35/36).

Em 23/05/2001, foi expedido o Termo de Intimação nº 348/2001 (fls. 37/38), tendo sido reiterado o pedido de apresentação de documentos anteriormente solicitados no TIAF e exigia a apresentação de diversos documentos relativos, entre outros, aos anos-calendário de 1997 e 1998.

Em atenção ao supracitado termo, o contribuinte apresentou, em 26/07/2001, esclarecimentos, deixando de apresentar, entre outros, todos os livros contábeis e fiscais relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 1997 e 1998. Ressaltou ainda que “..., relativamente ao exercício de 1998, período fiscalizado, optou pelo arbitramento do lucro, transmitindo via internet a declaração do referido exercício, conforme comprova os recibos em anexo”.

Em 25/09/2001, foi lavrado o Termo de Intimação nº 637/2001, exigindo, entre outros, a apresentação dos elementos solicitados no Termo de Intimação nº 348/2001. Em 15/10/2001, o contribuinte solicitou prorrogação do prazo, no que foi atendido (doc. fls. 41/45).

Com relação ao referido termo, o contribuinte apresentou em 23/10/2001, o documento de fl. 47, tecendo tão-somente considerações, deixando de apresentar os livros contábeis, os documentos e esclarecimentos exigidos. Atendendo solicitação

do contribuinte, foram devolvidos todos os livros fiscais que se encontravam em poder da Seção de Fiscalização (fls. 48/49).

Em 07/11/2001, o contribuinte foi cientificado do Termo de Intimação nº 678/2001 (fls. 50/52), reiterando a apresentação de todos os livros contábeis, documentos e esclarecimentos ali consignados.

Em atenção a esta intimação, o contribuinte apresentou em 12/12/2001, os esclarecimentos exarados no documento de fls. 53/54, admitindo, entre outras coisas, que não tinha os livros Diário, Razão e Lalur e as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal.

Registrou-se ainda que, contrariamente à afirmação do contribuinte, o livro Registro de Inventário não se encontrava em poder da Seção de Fiscalização.

II - Do regime de tributação Anotou a autoridade fiscal que não foram medidos esforços visando ao acesso à documentação contábil da empresa fiscalizada e mesmo proporcionar-lhe condições para a regularização de sua escrituração, o que viabilizaria auditoria objetivando verificar a correção dos lançamentos contábeis diante da legislação tributária vigente, considerando-se ainda as informações prestadas à Fazenda Nacional e os recolhimentos efetuados. Não obstante as tentativas empreendidas, o acesso à escrituração contábil do contribuinte restou improficuo, tendo o contribuinte admitido, inclusive, a inexistência dos principais livros solicitados, especialmente dos livros Diário, Razão e Lalur, bem como a impossibilidade material de apuração do lucro por forma diversa daquela prescrita pelo regime que tem por base o lucro arbitrado, conforme documento de fls. 53/54.

Como decorrência, estando impedida de ter acesso ao livro Diário e demais livros e documentos de escrituração contábil da empresa, a fiscalização não detém meios de apurar o lucro real para os anos-calendário de 1997 e 1998, impondo-se, como última alternativa possível, o arbitramento do lucro para fins de determinação do IRPJ e da CSLL.

Cita normas do Imposto de Renda e jurisprudência administrativa para concluir pela pertinência da aplicabilidade do regime de tributação com base no lucro arbitrado, tendo destacado que “o arbitramento não possui caráter de penalidade; é simples meio de apuração do lucro”, frisando ainda tratar-se da única metodologia capaz de determiná-lo no vertente caso.

III – Dos lançamentos Preliminarmente, esclarece a fiscalização que o contribuinte, em relação ao ano-calendário de 1997, entregou Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), declarando apenas débitos relativos a Imposto de Renda na Fonte, código 0588-1 (fl. 119). A Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica (DIRPJ) do ano-calendário de 1997 não foi entregue (fl. 114).

Para o ano-calendário de 1998, o contribuinte não apresentou as DCTF e entregou, sob ação fiscal, em 24/07/2001, a

Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) – Lucro Arbitrado (fls. 79/113).

1) IRPJ e CSLL – Receita da revenda de mercadorias – lucro arbitrado – anos-calendário de 1997 e 1998: foi formalizado processo específico (nº 13603.002816/2003-81).

2) Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) – janeiro 1997 a dezembro 1998: foi formalizado processo específico (nº 13603.002815/2003-37).

3) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) – janeiro 1997 a dezembro 1998 A empresa deixou de recolher a Cofins devida nos períodos de 1997 e 1998, lançada tomando como base de cálculo o valor mensal das vendas consignadas pela empresa: em 1997, nos Demonstrativos de Apuração do ICMS (Dapi) entregues pelo contribuinte à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) – fls. 68/77; em 1998, no documento entregue à Secretaria da Receita Federal (SRF) – fls. 79/113.

Os demonstrativos de fls. 24/25 detalham, mensalmente, o valor da contribuição apurada. Saliente-se que não consta nenhum recolhimento da contribuição efetuado pelo contribuinte, consoante informação extraída do sistema de controle de arrecadação Sinal/06 (fl. 117).

IV – Da majoração e agravamento da multa de lançamento de ofício.

Foram transcritas as disposições contidas no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no art. 71, inciso I da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Registra a fiscalização que foi provada de forma inequívoca a existência de ação dolosa por parte da empresa, consubstanciada na conduta omissiva em relação à obrigação da entrega da DIRPJ do ano-calendário de 1997 – lembrando que a DIPJ do ano-calendário de 1998 só foi entregue sob ação fiscal, em 24/07/2001 – e da entrega da DCTF do ano-calendário de 1998, fato que retardou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias principais.

Ademais, a DCTF relativa ao ano-calendário de 1997 só contempla débitos de IRRF, código 0588-1, havendo, portanto, a omissão por parte do contribuinte da existência dos demais débitos tributários ora lançados de ofício.

Esses fatos, portanto, motivam a exigência da multa qualificada, além da formalização da Representação Fiscal para Fins Penais.

Tendo em vista ainda que a empresa não apresentou nenhum dos documentos que deveriam compor sua escrituração contábil e fiscal, aliás documentos estes de guarda obrigatória, foi

agravado o percentual das multas de lançamento de ofício aplicadas, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pelo art. 70 da Lei nº 9.532, de 1997.

Findo o relato do TVF, registre-se que os demais documentos que fundamentam o lançamento constam das fls. 01/03, 13 e 24/119.

Às fls. 121/125 consta documentação relativa à solicitação de cópia de documentos.

Cientificado das exigências em 26/12/2003, o contribuinte apresentou a impugnação em 27/01/2004, tendo sido anexada às fls. 126/213. O resumo do contraditório é feito em seguida.

I – Dos fatos Nesta parte introdutória, o contribuinte relata fatos pertinentes ao lançamento e antecipa questões de sua impugnação tratadas em tópicos específicos adiante.

II – Dos fundamentos II.1 - Preliminar II.1.1 – Das informações bancárias utilizadas no auto de infração. Do desrespeito à decisão judicial Conforme se verifica do TIAF, foram utilizadas como motivação ao início desta ação fiscal informações de movimentação financeira da impugnante, obtidas ilicitamente das instituições bancárias.

Verifica-se da documentação anexa (fls. 209/213), que a impugnante, em momento precedente, impetrou Mandado de Segurança (nº 2001.38.00.015834-6/MG), tendo êxito na garantia de seu direito líquido e certo para que não fossem utilizadas as informações ilicitamente obtidas pelo fisco federal nas instituições bancárias mediante quebra de seu sigilo bancário.

Outrossim, “às fls. 47 dos autos do processo administrativo, a impugnante alertou ao fisco acerca de sua prerrogativa, sendo certo que o mesmo sequer pronunciou-se sobre este fato”.

Cabia àquela autoridade administrativa cancelar o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e demais formalidades realizadas (TIAF inclusive), no sentido de promover o imediato arquivamento do procedimento administrativo, que havia sido instaurado, porquanto sua própria motivação, ou seja, a causa de seu nascedouro, encontrava-se malfadada pela ilegalidade e inconstitucionalidade.

A lavratura deste auto representa, por si só, flagrante desrespeito à determinação judicial.

Portanto, imperioso o liminar cancelamento deste auto de infração, porquanto eivado, desde a sua mais remota origem (TIAF), com a pecha da ilegalidade e da inconstitucionalidade, haja vista a utilização ilícita de dados obtidos em confronto com determinação judicial, que ainda se encontra em pleno vigor.

II.2 – No mérito II.2.1 – Da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários. Do Parcelamento Especial - Paes A impugnante aderiu ao Paes instituído pela Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, conforme comprovantes em anexo (Termo de

Adesão e Declaração Paes – fls. 188/208), optando pelo pagamento parcelado dos tributos e contribuições federais mediante o benefício instituído.

Com efeito, há que se evidenciar que o fato ensejador do presente auto de infração – os créditos tributários, encontram-se consolidados no Paes, nos termos do § 3º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003.

A consolidação da opção confirma seus próprios termos, retroagindo os efeitos desta decisão à data de formalização do pedido e suspende a exigibilidade dos créditos incluídos.

Atenha-se também ao disposto no art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional (CTN).

Note-se que no presente caso não há nenhuma fundamentação fática ou jurídica que possa ter dado ensejo à lavratura do auto de infração e que permita a continuidade da cobrança do crédito tributário em voga.

Enfim, os valores consignados no auto de infração em testilha encontram-se devidamente declarados e inclusos no Paes, tendo sido recolhidas parcelas mediante Darf deste programa, estando pois todos os pagamentos em dia.

Assim, qualquer medida tomada pelo fisco no sentido de cobrar débito que já se encontra efetivamente confessado e constituído perante a Fazenda Pública Federal está em explícita afronta ao disposto na legislação pertinente (Lei nº 10.684, de 2003), no CTN e na Constituição Federal, configurando ainda bitributação.

II.2.2 – Da decadência Exige-se pagamento de tributos cujo fato gerador ocorreu nos anos de 1997/1998; contudo o contribuinte somente foi intimado do lançamento em 26/12/2003, ultrapassados mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador. Faz referência a normas do CTN e à jurisprudência administrativa.

II.2.3 – Base de cálculo errônea O valor tributado pela Cofins não pode ser a receita bruta auferida pela totalidade das vendas efetuadas, sem nenhuma dedução.

Não obstante, o fisco ao realizar o lançamento utilizou o livro de Registro de Apuração do ICMS, que diz respeito unicamente à apuração daquele imposto.

Deveriam os fiscais fazer intimações para prestar esclarecimentos sobre os valores lançados. Isto porque existem hipóteses em que o ICMS é devido sem que se configure incidência da Cofins.

Pode-se citar como exemplo as transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, em que existe a regra matriz de incidência do ICMS e não está presente a da Cofins.

No entanto, os fiscais utilizaram como base de cálculo os valores escriturados no livro de Registro de Apuração do ICMS, sem conceder nenhuma oportunidade para se comprovar ou fornecer informações pertinentes à contribuição, tais como devoluções, transferências, vendas canceladas e outros fatos que interferem diretamente na apuração de sua base de cálculo.

Ao exigir a tributação sobre a totalidade das receitas, o fiscal autuante violou a legislação tributária que rege a espécie e determina a obrigação tributária e a base de cálculo do tributo.

Ao que importa ao caso vertente, tem-se que a Cofins fora instituída pela LC nº 70, de 1991, a qual definiu taxativamente a base de cálculo e a alíquota.

Não obstante, a Lei nº 9.718, de 1998, trouxe profunda modificação à base de cálculo deste tributo, alterando conceito de faturamento para fins desta lei, fato que culmina por negar vigência também ao art. 110 do CTN.

Cita jurisprudência, ressaltando que foi reiterado que lei ordinária não pode revogar disposição contida em lei complementar, em face do princípio da hierarquia das leis.

Ora, no momento em que o faturamento é equiparado à receita bruta para fins de cálculo da Cofins devida pelo impugnante, está-se exasperando o limite da competência da União para cobrança deste tributo, posto que o faturamento, uma vez equiparado à receita bruta, engloba receitas que não o compunham anteriormente.

II.2.4 – Multa – impossibilidade de agravamento Ficou indefectivelmente demonstrado que a impugnante sempre agiu de boa-fé. A prova de que agiu de má-fé deve ser produzida pelos agentes fiscais, o que não foi feito. Em matéria fiscal, o dolo específico ou próprio é o elemento subjetivo necessário à configuração do delito que somente pode ocorrer com o elemento subjetivo, isto é, na modalidade específica.

Não se pode presumir o dolo, tornando-se necessária a prova da vontade consciente e espontânea do agente, mormente porque o Pretório Excelso e o colendo Superior Tribunal de Justiça já mitigaram a aplicação do art. 136 do CTN.

A incidência de multa qualificada, pela alegada falta de entrega de documentos exigidos e a multa agravada em virtude de pretensa sonegação fiscal não têm cabimento na espécie, além de configurar um verdadeiro confisco por seu montante excessivo e despropositado.

Entenderam os agentes fiscais que houve intuito de fraude por parte da empresa impugnante, sujeitando-se a multa de 150%, adicionada de mais um agravamento por não atendimento a contento às intimações para apresentação de documentos. No entanto, não há que se falar em agravamento de multa e, tampouco, em sua qualificação.

A aplicação do disposto no art. 44, § 2º da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 70 da Lei nº 9.532, de 1997,

somente se justifica nos casos em que os contribuintes não atendam às intimações fiscais.

No caso dos autos, é notório que a empresa impugnante procurou insistentemente apresentar os documentos solicitados, não lhe sendo possível cumprir fielmente as intimações por razões alheias a sua vontade.

Os agentes fiscais puderam se valer, além de toda a documentação solicitada da empresa e por ela apresentada, de diversas informações prestadas pelas agências bancárias nas quais a impugnante matinha contas.

Outrossim, “a própria entrega da DIPJ pela empresa optando pelo lucro presumido e assumindo a inconsistência dos documentos exigidos pelo fisco, demonstra sua boa-fé, sua legitimidade”.

Não há que se falar em qualificação da multa pelo não atendimento às intimações fiscais, quando os próprios agentes “confirmam o recebimento de grande parte”.

Também o procurador (advogado) da empresa presta diversos esclarecimentos aos agentes fiscais, o que demonstra o equívoco em se agravar a multa aplicada.

Há de se verificar ainda que foram manejadas diversas investidas da impugnante para obter os documentos exigidos, inclusive ações judiciais, fato que corrobora a legitimidade de seus atos.

No que tange à alegação de não apresentação de documentos fiscais (suporte para um agravamento da multa), verifica-se a sua total improcedência. A impugnante apresentou, sim, grande parte dos documentos exigidos.

Foram transcritos acórdãos do Conselho de Contribuintes.

Lado outro, fora também apenado com o agravamento da multa, nos termos do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, haja vista a constatação pelo fisco de fraude nos atos da impugnante.

Com efeito, a falta de apresentação de todos os documentos solicitados conduziu ao arbitramento do lucro, mas não pode conduzir ao agravamento da multa.

A fraude, no conceito do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, exige a conduta dolosa, tendente a impedir a ocorrência do fato gerador. Ora, a própria impugnante optou por arbitrar seu lucro, procedendo em estrita conformidade com o Regulamento do Imposto de Renda, não havendo porque se falar em conduta tendente à omissão ou ao impedimento da ocorrência do fato gerador da obrigação acessória. Quem quer omitir não faz explícita declaração.

A Fazenda Pública não possui parâmetros para arbitrar a multa, pois qualquer circunstância pode conduzi-la a alvejar o contribuinte com multa no patamar de 225%.

Além disso, os agentes fiscais presumiram que ocorreu fraude única e exclusivamente pelo fato de que a impugnante não apresentou alguns de seus documentos cuja escrituração diz-se obrigatória.

A aplicação da multa agravada neste montante constitui verdadeiro confisco, conforme entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (cita ementa de julgado). Discorre ainda sobre o princípio da capacidade contributiva.

Reconhecida à autoridade julgadora a faculdade de rever e reduzir as multas exigidas pelo fisco, deverão ser depuradas de seu eventual efeito confiscatório.

II.2.5 - Ilegalidade da Taxa Selic.

Faz menção à legislação sobre o assunto e à decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, destacando aspectos acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros moratórios.

Salienta que, na absurda hipótese de se considerar devidos juros e a multa moratórios, incontestável é o direito do contribuinte à utilização dos juros de mora de 1% ao mês para atualização de seus débitos, pois a taxa Selic possui natureza remuneratória e a sua utilização, naqueles moldes, desobedece à regra contida nos arts. 161, § 1º do CTN e 192, § 3º da CF, bem como a redução da multa, posto seu caráter nitidamente confiscatório, em ofensa ao art. 150, IV da Constituição.

III – Dos pedidos III.1 - Liminarmente Seja anulado liminarmente o auto de infração, uma vez que o procedimento fiscal encontra-se eivado de ilicitude, haja vista a utilização de dados pelo impetrado obtidos em efetivo confronto com a determinação legal e, por essa, com a legislação pátria.

III.2 – No mérito Seja julgado totalmente improcedente o lançamento, haja vista a flagrante suspensão da exigibilidade do crédito tributário constituído, bem como os efeitos da decadência, sem falar da patente incorreção do arbitramento efetivado com base em informações afetas a outra espécie tributária.

Outrossim, requer a exclusão da multa qualificada e do seu agravamento.

Finalmente, requer a exclusão da taxa Selic como juros moratórios.

À impugnação, além dos documentos já relatados, foram juntadas cópias do instrumento de procuração (fl. 163) e de peças do presente processo (fls. 164/208).

Às fls. 214/220 foi juntada documentação pertinente à alteração da jurisdição do contribuinte.

Registre-se, finalmente, que o competente processo de representação fiscal para fins penais foi formalizado sob nº 13603.000842/2005-37.

Às fls. 222/224 foram anexadas telas de processamento relativas ao Paes e à fl. 225 cópia da Portaria DRJ/BHE nº 31, de 15/06/2005.

Sobreveio a decisão de primeira instância (fls. 230/254), em que, por unanimidade de votos, o lançamento foi considerado procedente, com base nos fundamentos resumidos nos enunciados das ementas que seguem transcritos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Ano-calendário: 1997, 1998

Ementa: DECADÊNCIA – REGRA GERAL

Na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA – COFINS

O prazo decadencial, no que se refere à Cofins, é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

BASE DE CÁLCULO - ANO-CALENDÁRIO DE 1997

Na falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais e da documentação correspondente, constatado ainda que o contribuinte não informou nas declarações obrigatórias da pessoa jurídica dados relativos à Cofins, é lícito o lançamento que tomou por base os valores inscritos nos Demonstrativos de Apuração do ICMS apresentados pelo autuado à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

BASE DE CÁLCULO - ANO-CALENDÁRIO DE 1998

Na falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais e da documentação correspondente, não há óbice a que a fiscalização apure a base de cálculo da Cofins tendo por base os valores informados na DIPJ apresentada pelo contribuinte, quando já se encontrava sob ação fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE

A argüição de ilegalidade e de inconstitucionalidade não é oponível na esfera administrativa por transbordar os limites da sua competência.

MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, será aplicada quando o procedimento fiscal evidenciar que o contribuinte adotou práticas que visaram retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sujeitando-se ainda o autuado ao agravamento da exigência nos casos em que deixar de atender reiteradamente a intimações expedidas pela autoridade fiscal.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC

É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

Em 21/8/20006, a interessada foi cientificada da decisão de primeira instância (fl. 257). Inconformada, em 20/9/2006, postou o recurso voluntário de fls. 263/269, no qual reafirmou as razões de defesa suscitadas na fase impugnatória.

Na Sessão de 14 de agosto de 2007, os membros do da Segunda Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, por unandade de votos, por meio da Resolução nº 202-01.145 (fls. 284/293), converteram o julgamento do recurso em diligência, para que: a) a unidade da Receita Federal de origem se pronunciasse sobre ingresso da recorrente no Programa de Parcelamento Especial (Paes) e, caso confirmado, que fosse informado se os valores dos débitos objeto dessa autuação fiscal foram nele (Paes) incluídos; b) o resultado da diligência fosse cientificado à interessada, para, se quisesse, apresentasse sua manifestação; e c) após, fossem os autos devolvidos a este Conselho, para prosseguimento do julgamento.

Em resposta, por meio do relatório de fls. 310/311, a fiscalização informou que, embora a contribuinte tivesse aderido ao Paes, o presente processo não era passível de consolidação no âmbito do referido parcelamento, pelas razões a seguir aduzidas:

Conforme disposto acima, tendo a ação fiscal encerrado apenas em 26/12/2003 quan ciência do contribuinte do auto de infração, para que os débitos da COFINS constantes do auto de infração pudessem ser consolidados no PAES, o contribuinte deveria ter apresentado o PGD I (Declaração PAES) até o prazo limite de 28/11/2003 o que não ocorreu, por não atender os quesitos constantes da legislação pertinente ao PAES, embora o contribuinte tenha aderido ao PAES, o presente processo não é passível de consolidação no âmbito do PAES.

Em 2006, ocorreu exclusão do contribuinte do PAES devido à inadimplência quanto à parcela mínima (fl.302/304) com efeitos a partir de 31/01/2006.

Em 2/6/2009, a recorrente foi cientificada, por edital, do citado relatório (fl. 322), mas não apresentou manifestação a respeito.

É o relatório.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 21/10/2014 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 21

/10/2014 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por RICARDO PAULO ROS

A

Impresso em 30/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Inicialmente, é pertinente esclarecer que, embora a recorrente tenha alegado na fase impugnatória que tenha aderido ao Paes, compulsando o Pedido de Parcelamento de fls. 193/211, verifica-se que os débitos objeto da presente autuação não foram relacionados no referido pedido, portanto, inaplicável ao caso em tela do disposto no § 2º do art. 78 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho (RICARF), aprovado pela Portaria MF 256/2009, que trata da desistência do recurso em tramitação, nos termos a seguir transcritos:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

[...]

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

[...]

Além disso, em resposta ao pedido de diligência formulado pelos membros da Segunda Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, por meio do relatório de fls. 310/311, a fiscalização informou que, embora a contribuinte tivesse aderido ao Paes, o presente processo não era passível de consolidação no âmbito do referido parcelamento. Ademais, em 2006, a recorrente foi excluída do citado parcelamento, devido à inadimplência quanto à parcela mínima, com efeitos a partir de 31/01/2006.

Dessa forma, não comprovada a existência do pedido de parcelamento e, em decorrência, a desistência do recurso, ele deve ser conhecido.

Da preliminar de cancelamento da autuação

No presente recurso, em preliminar, a recorrente pediu o cancelamento da autuação, com base no argumento de que houve desrespeito à decisão judicial e inconstitucionalidade na obtenção das provas que serviram de amparo à autuação.

Sem razão a recorrente. O acesso aos dados da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) pela autoridade fiscal foi feito com respaldo no § 2º do art. 11 da Lei 9.311/96, a seguir transcrito:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao

exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

[...]

Logo, os dados a que teve acesso a fiscalização trata-se de informações relativas à CPMF, obtidas em conformidade com o referido preceito legal.

Além disso, a movimentação financeira, representada pelos extratos bancários e consignada na escrituração contábil (livros Diário, Razão e Caixa), foi solicitada diretamente à recorrente, que, sem qualquer justificativa plausível, não atendeu ao pedido da fiscalização. Ademais, ao contrário do que alegou a recorrente, os documentos que serviram de provas foram, em relação ao ano de 1997, os Demonstrativos de Apuração do ICMS (Dapi) de fls. 71/88, entregues pela própria recorrente à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG), e em relação ao ano de 1998, a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) de fls. 82/116, entregue pela própria recorrente à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Portanto, todas as provas obtidas por de forma lícita.

Com base nessas considerações, rejeita-se as alegações suscitadas pela recorrente, apresentadas com a pretensão de cancelamento da autuação da autuação.

Da decadência do crédito tributário lançado.

No recurso, alegou a recorrente decadência dos créditos tributários lançados, sob argumento de que, na data da ciência do lançamento, ocorrida em 26/12/2003, já havia se consumado o prazo decadencial quinquenal, fixado no § 4º do art. 150 do CTN.

É entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência majoritária que a regra de contagem do prazo decadencial, prevista no § 4º do art. 150 do CTN, aplica-se somente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou autolancamento, desde que haja pagamento antecipado do tributo. E sabidamente a Cofins é tributo submetido a regime de lançamento por homologação.

Não havendo pagamento antecipado, a contagem do prazo decadencial segue a regra geral, estabelecida no inciso I do art. 173 do CTN, que determina o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado como o termo inicial do quinquídio decadencial do direito de lançar.

A matéria foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 973.733/SC, em que o mérito foi definitivamente julgado de acordo com a sistemática do recurso repetitivo, fixado no artigo 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (CPC), cujo enunciado da ementa ficou assim redigido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, **nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre**, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

[...]

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ. 1ª Seção. REsp 973.733/SC. rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009)

Por se tratar de decisão definitiva de mérito, proferido na forma do regime do recurso repetitivo, por força do disposto no art. 62-A¹ do Regimento Interno deste Conselho, adota-se aqui as razões de decidir consignadas no referido julgado.

Noticiam os autos (fls. 10/12), que não houve pagamento antecipado da Cofins no período do lançamento e a ciência da autuação ocorreu no dia 26/12/2003, data da conclusão do lançamento, portanto, em consonância com o disposto no inciso I do art. 173 do CTN, todos os débitos com fato gerador ocorrido entre os dias 31/1/1997 a 31/10/1997, o prazo decadencial teve início no dia 1/1/1998 e término no dia 31/12/2002, enquanto que os débitos com fato gerador ocorrido nos 31/1/1998 a 31/12/1998, o prazo decadencial teve início no dia 1/1/1999 e término no dia 31/12/2003.

Dessa forma, fica demonstrado que apenas os débitos dos meses de janeiro a outubro de 1997 foram extintos pela decadência, nos termos art. 156, V, do CTN.

Da base de cálculo dos débitos lançados

A recorrente alegou a fiscalização utilizou o livro de registro de apuração do ICMS, que trata da apuração somente da base de cálculo deste imposto, ignorando as hipóteses em que, no mesmo lançamento, poderia haver incidência de ICMS, mas não de Cofins, como por exemplo, nos casos de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Previamente, cabe esclarecer que, conforme anteriormente mencionado, somente os débitos da Cofins dos meses de janeiro a outubro de 1997 foram apurados com base no valor mensal das vendas consignadas nos Demonstrativos de Apuração do ICMS (Dapi), entregues pela própria contribuinte à SEF/MG. Os débitos dos meses de janeiro a dezembro de 1998 foram realizados com base valores informados pela própria recorrente na DIPJ (fls. 104/115).

Portanto, a alegação da recorrente tem pertinência somente em relação aos débitos dos meses de janeiro a outubro de 1997, mas alegação não procede por duas razões. A primeira porque os valores das vendas utilizados pela recorrente foram informados no Dapi pela própria recorrente, logo, se tais valores não equivalem aos valores da receita bruta utilizada como base de cálculo da Cofins, obviamente, cabia a recorrente provar o valor correto, o que não foi feito. A segunda porque os débitos dos referidos meses foram extintos pela decadência, tornando despicienda qualquer discussão sobre a apuração das respectivas base de cálculo.

A recorrente alegou que a base de cálculo e a alíquota Cofins encontrava-se taxativamente definida na Lei Complementar 70/1991, portanto era ilegal a apuração da base de cálculo realizada pela Lei 9.718/1998, por ofensa ao princípio da hierarquia das normas e negar vigência ao art. 110 do CTN.

A alegação de inconstitucionalidade suscitada pela recorrente já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, que declarou a inconstitucionalidade apenas do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 na parte em que acrescentou receitas diversas daquelas do produto da

¹ "Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF".

venda de mercadoria, de mercadoria e serviços e de serviço de qualquer natureza ao conceito de receita bruta ao contribuinte.

No caso, somente a receita bruta proveniente da venda de mercadoria foi utilizada como base de cálculo dos débitos da Cofins lançados na autuação em questão, o que exclui a aplicação da decisão consignada nos referidos julgados ao caso presente.

Além disso, a base cálculo utilizada no lançamento está respaldada em norma legal vigente, circunstância que impede que este Colegiado afaste a sua aplicação, conforme, expressamente, estabelece o *caput* do art. 26-A² do Decreto nº 70.235, 06 de março de 1972, doravante denominado de PAF. O disposto neste preceito implica, indiretamente, na proibição deste Órgão de julgamento de apreciar a constitucionalidade de norma legal vigente. Aliás, tal atribuição é reservada, com exclusividade, aos órgãos de julgamento do Poder Judiciário.

No âmbito deste Conselho, tal vedação encontra-se expressamente determinada no art. 62³ do Anexo II do RICARF, e reafirmada no enunciado da Súmula CARF nº 2, que tem o seguinte teor, *in verbis*: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Por essas razões, não se toma conhecimento dos argumentos suscitados pela recorrente acerca da inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma da Lei 9.718/1998, que fixou a base de cálculo da Cofins.

Da qualificação e agravamento da multa de ofício

De acordo com o explicitado no item IV do Termo de Verificação Fiscal (fls. 23/24), o enquadramento legal da qualificação e do agravamento foi feito, respectivamente, no

² "Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
[...]

§ 6o O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)"

³ "Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993"

inciso II e no § 2º do art. 44 da Lei 9.430/1996, que na data dos fatos tinha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

*II - cento e cinquenta por cento, **nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.***

[...]

*§ 2º **Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos,** as multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente.*

[...] (grifos não originais)

Por sua vez, o enquadramento legal da qualificação da multa foi no inciso I do art. 71 da Lei 4.502/1994, a seguir transcrito:

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa **tendente a impedir ou retardar,** total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

[...]

As razões apresentadas pela fiscalização, para proceder a qualificação da multa por sonegação foi explicitadas nos excertos a seguir transcritos:

*Provou-se, de forma inequívoca, a existência de ação dolosa por parte da empresa, consubstanciada na conduta omissiva em relação à obrigação da entrega da Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica (DIRPJ) do ano-calendário 1997 - relembrando que a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica do ano-calendário de 1998 só foi entregue, sob ação fiscal, em 24/07/2001 - e da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) do ano-calendário 1998, **fato que retardou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias principais.***

Ademais, conforme visto, a DCTF relativa ano-calendário de 1997 só contempla débitos de imposto de renda na fonte, código 0588-1, havendo, portanto, a omissão por parte do contribuinte

da existência dos demais débitos tributários que ora lançamos em procedimento de ofício.

Esses fatos, portanto, motivam a exigência da multa qualificada, além da formalização de Representação Fiscal para Fins Penais.
(grifos não originais)

Em relação a qualificação da multa, a recorrente alegou que era inconsistente a tese da fiscalização de que ela havia agido com dolo, pois o dolo, “neste caso seria tentar impedir a ocorrência do fato gerador” e “quem opta pelo arbitramento do lucro não tem como omitir ou impedir a ocorrência do fato gerador.”

Em outras palavras, para a recorrente o fato dela ter apresentado a DIPJ e optado pelo regime de lucro arbitrado era suficiente para descaracterizar a conduta omissiva ou comissiva de impedir a ocorrência do fato gerador dos débitos lançados.

Sem razão a recorrente. A uma porque, em relação aos débitos dos meses de janeiro a dezembro de 1998, a conduta que lhe foi atribuída não foi a de impedir a ocorrência do fato gerador das contribuições dos citados meses, mas de retardar “o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias principais”, conforme consignado pela fiscalização no trecho em destaque do excerto anteriormente transcrito. E essa conduta, a meu ver, ficou devidamente comprovada nos autos, uma vez que a DIPJ do ano-calendário de 1998 foi entregue pela recorrente somente em 24/7/2001, quando o procedimento fiscal já tinha se iniciado.

No que tange ao agravamento da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) para o percentual de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento), o motivo apresentado pela fiscalização foi a falta de apresentação dos documentos que comporiam a escrituração contábil e fiscal da recorrente, conforme explicitado no trecho a seguir transcrito:

Ademais, tendo em vista que a empresa não apresentou nenhum dos documentos que deveriam compor sua escrituração contábil e fiscal, aliás documentos estes de guarda obrigatória, conforme determina o art. 264 do RIR/99, agravamos o percentual das multas de lançamento de ofício aplicadas, nos termos do § 2º do artigo 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo art. 70 da Lei 9.532/97.

Em relação a essa imputação, a recorrente alegou que era absurdo o agravamento da multa, sob argumento de que ela sempre prestou os esclarecimentos solicitados e, embora não tivesse apresentado todos os documentos solicitados, já tinha sido penalizada com o agravamento do lucro.

Assiste razão à recorrente, por dois motivos. Primeiro, porque a conduta motivadora do agravamento da multa, relatada pela fiscalização, foi a falta de apresentação dos documentos da escrituração fiscal e contábil da recorrente e não o fato de a recorrente “não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos”, que é o fato causador do agravamento em questão, que se encontra tipificado no referido § 2º do art. 44. Segundo, porque infere-se da leitura do relato da fiscalização, consignado no item I do referenciado Termo de Verificação Fiscal (fls. 18/19), que a recorrente atendeu, dentro dos prazos estabelecidos, todas as intimações feitas pela fiscalização, inclusive, em atendimento à última

delas, esclareceu o motivo pelos quais não apresentara os livros e documentos solicitados, que era porque não os tinha.

Assim, fica demonstrado que o fato imputado a recorrente (não apresentação da documentação contábil e fiscal), embora comprovado, não se subsume a hipótese fática descrita na norma do agravamento em comento (não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos). Aliás, a própria fiscalização informou que todas as intimações foram atendidas e os esclarecimentos prestados na forma e no prazo estabelecidos.

Com base nessas considerações, resta evidenciada a prática apenas da conduta qualificadora, conseqüentemente, a multa de ofício aplicada deve ser reduzida de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) para de 150% (cento e cinquenta por cento).

Da cobrança dos juros moratório com base na taxa Selic

Alegou a recorrente a ilegalidade da cobrança dos juros moratórios com base na variação taxa Selic, sob o argumento de que a referida taxa refletia a variação da remuneração dos títulos públicos no mercado financeiro e era confiscatória e incompatível com disposto no § 1º do art. 161 do CTN.

Não assiste razão a Recorrente, pois, ao contrário do alegado, a cobrança dos juros moratórios, calculado com base na variação da taxa Selic, está em perfeita consonância com o disposto no § 1º do art. 161 do CTN, que estabelece, *in verbis*:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

(...). (grifos não originais)

De fato, o limite de 1% (um por cento) ao mês somente prevalece se não houver preceito legal específico estabelecendo percentual distinto, o que ocorre com a aplicação da taxa Selic, prevista no § 3º do art. 61, combinado com disposto no § 3º do art. 5º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a seguir transcritos:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

[...]

*§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de **juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC**, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

[...]

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...]

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ao apreciar a matéria, no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 803707/PR, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a legalidade/constitucionalidade da aplicação da taxa Selic como taxa de juros moratórios incidente sobre os débitos tributários em atraso, nos termos da ementa a seguir transcrita:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MULTA DE MORA. ART. 61 DA LEI N. 9.430/1996. BASE DE CÁLCULO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. ART. 161, § 1º, DO CTN.

1. Constitui a base de cálculo da multa de mora prevista no art. 61 da Lei n. 9.430/1996 o valor principal da dívida atualizado pela taxa Selic.

2. É lícita, por força do comando contido na Lei n. 9.065/1995, a aplicação da taxa Selic nos casos em que há parcelamento do débito tributário ou em que há quitação total, mas com atraso. Precedentes.

3. Nas ações que tenham por fim a repetição de pagamentos indevidos efetuados antes de 1º.1.96 e cujo trânsito em julgado ainda não tenha ocorrido, incide, na atualização do indébito, a partir dessa data, exclusivamente, a taxa Selic. Desde aquela data, não tem mais aplicação o mandamento inscrito no art. 167, parágrafo único, do CTN, o qual, diante da incompatibilidade com o disposto no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, restou derogado.

4. Recurso especial improvido. (REsp 803707/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ 14/08/2006, p. 273) (grifos não originais)

No mesmo sentido, consolidou-se a jurisprudência deste E. Conselho, conforme disposto no enunciado da Súmula CARF nº 4, a seguir reproduzido:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Com base nessas considerações, fica demonstrada a legalidade da cobrança dos juros moratórios com base na variação da taxa Selic, portanto, deve ser mantida a sua aplicação no cálculo dos referenciados juros moratórios.

Da conclusão

Por todo o exposto, vota-se pelo PROVIMENTO PARCIAL do recurso, para (i) reconhecer a decadência dos débitos da Cofins dos meses de janeiro a outubro de 1997 e (ii) reduzir o percentual da multa de ofício qualificada de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) para de 150% (cento e cinquenta por cento) para 150% (cento e cinquenta por cento).

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento