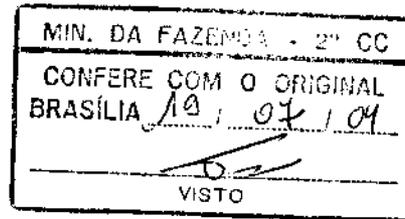




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : FUTURAMA SUPERMERCADOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR



NORMAS PROCESSUAIS. REQUISITOS DO ARTIGO 11 DO DECRETO Nº 70.235/1972. INAPLICABILIDADE AO AUTO DE INFRAÇÃO.

As exigências previstas nesse artigo aplicam-se, exclusivamente, às notificações de lançamento. Os elementos essenciais do auto de infração estão elencados no artigo 10 desse decreto.

AUDITORIA CONTÁBIL-FISCAL. HABILITAÇÃO EXIGIDA.

A competência dos agentes do Fisco para procederem auditorias contábil-fiscais decorre do exercício regular das funções inerentes ao Cargo de Auditor-Fiscal, e prescinde de habilitação específica em contabilidade ou de inscrição na entidade de Classe representativa de contadores.

LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

O local da verificação da falta não significa sempre o local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada, podendo ser o local da repartição ou qualquer outro que não o da sede do contribuinte.

PROCEDIMENTO POR AMOSTRAGEM.

A expressão "por amostragem", constante do Termo de Encerramento da fiscalização, por si só, não evidencia que o lançamento tenha sido calcado em meras suposições, principalmente, quando existem nos autos elementos que demonstrem haver sido a exação fiscal fundada na escrituração fiscal e contábil do sujeito passivo.

Preliminares de nulidade rejeitadas.

COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE.

As contribuições sociais não estão sujeitas à observância da sobrenorma estatuída no princípio constitucional da não-cumulatividade.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

O princípio constitucional da capacidade contributiva é dirigido ao legislador infraconstitucional, a quem compete observá-lo quando da fixação dos parâmetros de incidência, alíquota e base de cálculo. Fugindo aos órgãos administrativos de julgamento competência para examinar o cumprimento dessa garantia constitucional.

MULTA DE OFÍCIO.

A alegação de que a multa de 75% é confiscatória, não pode ser apreciada por esta instância de julgamento, já que passaria por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA Nº: 07/04
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

inserida no ordenamento jurídico nacional, juízo esse de exclusiva competência do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA.

As várias leis que estipularam taxa de juros de mora diversa de 1%, encontram amparo no parágrafo primeiro do art. 161 do CTN, sendo que qualquer análise da conformação deste arcabouço normativo com o figurino constitucional foge da esfera de competência desta instância administrativa.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
FUTURAMA SUPERMERCADOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: **I) em rejeitar as preliminares de nulidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2004


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Raimar da Silva Aguiar.

cl/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 19 08 109
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

Recorrente : FUTURAMA SUPERMERCADOS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos em tela, transcrevo o relatório apresentado na **DECISÃO DRJ/CTA Nº 543**, de 22 de maio de 2001, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, fls. 506/519:

“O auto de infração de fls. 421 a 444 exige o montante de R\$ 2.160.883,36 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-Cofins, ao amparo dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, R\$ 1.620.662,35 a título de multa de ofício, com base nos arts. 10, parágrafo único da Lei Complementar nº 70, de 1991, combinado com o art. 4º, I da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; art. 44, I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 106, II “c” da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, além dos acréscimos legais cabíveis, haja vista terem sido constatadas divergências entre os valores escriturados pela contribuinte, e os valores efetivamente recolhidos a título de Cofins, bem como que restou comprovada a falta de apresentação das DCTF para todo o período auditado.

2. *O auto de infração, apoiado nos documentos de fls. 15 a 415, foi lavrado em 21/12/1999 e a ciência da exigência ocorreu em 28/12/1999, na pessoa de Elias Brahin Habka, sócio da autuada.*

3. *Em 25/01/2000, a interessada apresentou, por meio de advogado legalmente habilitado (instrumento de mandato à fl. 468), sua impugnação ao feito (fls.449/467), onde alega:*

- que o auto de infração é nulo porque foi lavrado fora de seu estabelecimento, ferindo o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, já que não podendo manifestar-se no curso da ação fiscal, resta prejudicado o contraditório;

- que a nulidade de autos de infração lavrados fora do domicílio das contribuintes já foi reconhecida pelo Conselho de Contribuintes;

- que o auto de infração não se consumou de fato, já que no Termo de Encerramento o autuante se expressa da seguinte forma: “tendo sido verificado, por amostragem, o cumprimento das obrigações tributárias relativas a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, onde foram constatadas as irregularidades”;

//



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA Nº 04104
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

- que houve precipitação por parte da autoridade fiscal pois o auto de infração somente estaria embasado após um exame pormenorizado de todo seu setor contábil, consistindo as alegações do autuante em frágeis indícios, desprovidos da condição de se tornarem provas cabais;

- que não concorda com o método de apuração da base de cálculo da Cofins, pois entende que os valores que devem compor o faturamento são os percebidos em virtude da margem de lucro obtida na venda dos produtos, pois caso não seja esse o entendimento estariam sendo infringidos aos Princípios da Não-Cumulatividade e da Capacidade Contributiva;

- que a afronta ao princípio da Não-Cumulatividade se materializa no fato de a Cofins incidir, num primeiro momento, sobre o faturamento da indústria e, num segundo momento, sobre o faturamento do comércio, acrescendo-se, aí, a margem de lucro;

- que a cobrança da Cofins nos moldes atuais desrespeita o disposto no art. 154 I da Constituição Federal, pois acaba incidindo em cascata;

- quanto a afronta ao princípio da Capacidade Contributiva, defende a tese de que a indústria ou o fornecedor, empresas de grande porte em sua maioria, acabam recolhendo um tributo proporcionalmente menor que o comércio;

- que a jurisprudência tem se mostrado favorável ao entendimento que espousa;

- que são inexigíveis os acessórios, como no caso, a multa e a cobrança de juros pela Selic, já que não restou caracterizada a infração e, caso fosse devida a contribuição, deveria ser aplicado ao caso o que dispõe a Lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1996, que estabeleceu que as multas de mora seriam de 2%, quando relacionadas a crédito e concessão de financiamento ao consumidor;

- que caso persista a cobrança nos moldes adotados pela autoridade fiscal, a exigência pode caracterizar-se como confisco, na medida em que a fixação das penalidades se mostra incompatível com a realidade atual;

/



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/07/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

- que existe uma minuta de projeto de lei elaborada pela Federação do Comércio do Estado de São Paulo que prevê multas não superiores a 10% no caso de atraso de pagamento de impostos;

- que não concorda com a aplicação da taxa Selic como fator de cálculo dos juros moratórios, já que a mesma não possui natureza indenizatória;

- que o art. 192 § 3º da Constituição Federal limita a cobrança de juros ao máximo de 12% ao ano e desta forma o fisco, ao impor o pagamento de juros a taxas superiores a 12% ao ano, está incorrendo em crime de usura, nos termos do Decreto-lei nº 22.623, de 1933;

- que a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995, não pode ser exigida para os fatos ocorridos em 1995, uma vez que precisa respeitar o Princípio da Anualidade.

4. *Pede que seja decretada a improcedência da autuação ou, então, a redução considerável do montante exigido e, por fim, protesta por todos aos meios de prova em direito admitidos, em especial, pela juntada de novos documentos.*

5. *Tendo em vista o disposto na Portaria do Ministério da Fazenda nº 416, de 21 de novembro de 2000, o processo foi remetido para esta Delegacia de Julgamento pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ."*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, manifestou-se por meio da **DECISÃO DRJ/CTA Nº 543**, de 22 de maio de 2001, assim ementada:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 31/01/1995, 28/02/1995, 31/03/1995, 30/04/1995, 31/05/1995, 30/06/1995, 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/10/1995, 30/11/1995, 31/12/1995, 31/01/1996, 28/02/1996, 31/03/1996, 30/04/1996, 31/05/1996, 30/06/1996, 31/07/1996, 31/08/1996, 30/09/1996, 31/10/1996, 30/11/1996, 31/12/1996, 31/01/1997, 28/02/1997, 31/03/1997, 30/04/1997, 31/05/1997, 30/06/1997, 31/07/1997, 31/08/1997, 30/09/1997, 31/10/1997, 30/11/1997, 31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998, 31/05/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998, 31/10/1998, 30/11/1998, 31/12/1998

Ementa: PRELIMINAR. NULIDADE



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINI. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/04/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

As arguições de nulidade só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência.

PROCEDIMENTO POR AMOSTRAGEM.

A expressão "por amostragem", constante do Termo de Verificação Fiscal, não significa que o lançamento não tenha sido efetuado com base na escrituração da interessada.

LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A exigência de que a lavratura do auto de Infração se faça no local de verificação da falta não significa o local onde esta foi praticada, mas sim onde foi constatada, nada impedindo, portanto, que ocorra fora do estabelecimento da autuada.

FASE DE AUDITORIA. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO-OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO.

A não-solicitação de esclarecimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado à contribuinte, não implica a nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente, pois tais direitos só se estabelecem após a ciência do lançamento ou após a respectiva impugnação, conforme o caso.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

NÃO CUMULATIVIDADE.

O princípio constitucional da não-cumulatividade não é aplicável às contribuições sociais exigidas com base no art. 195, I a III, da Constituição Federal de 1988.

MULTA DE OFÍCIO.

Nos casos de lançamento de ofício, onde restou comprovada a insuficiência do recolhimento da contribuição é exigível a multa de ofício ao percentual de 75%, por expressa determinação legal.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19. 04. 04
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais, por expressa determinação legal.

PRAZO PARA ADITAR RAZÕES E PROVAS À IMPUGNAÇÃO.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou direito superveniente, ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

EXIGÊNCIA DE VALORES REFERENTES A OUTROS ESTABELECIMENTOS. EXCLUSÃO

Impõe-se a exclusão dos valores autuados, referentes a outros estabelecimentos, uma vez que não restou caracterizada a centralização de recolhimento.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”.

Julgamento, a Não conformada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Recorrente apresentou Recurso Voluntário a este Conselho, fls. 527/551, alegando:

- a) nulidade do auto de infração por contrariar o Decreto nº 70.235/72 e o Decreto-Lei nº 24.337/48;
- b) utilidade da autuação fiscal por cerceamento de defesa;
- c) incorreção do método utilizado para cálculo da COFINS, posto entender impraticável o cálculo da contribuição sobre o faturamento bruto da empresa; e
- d) inaplicabilidade de multa, posto ter caráter confiscatório; e
- e) a inconstitucionalidade no uso da Taxa SELIC.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/01/04
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

I - Da preliminar de nulidade do lançamento de ofício por ter supostamente contrariado o artigo 11 do Decreto nº 70.235/1972.

Esta preliminar merece ser afastada, de plano, em razão de estes autos tratarem de lançamento de ofício na modalidade de auto de infração, cujos requisitos essenciais encontram-se discriminados no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, enquanto o art. 11 que supostamente teria sido espancado pelos autuantes, versa sobre os requisitos da notificação de lançamento, matéria alheia aos autos.

Esclareça-se, por oportuno, que diferentemente da notificação de lançamento, cuja competência para emití-la é do Delegado da Receita Federal ou dos Inspetores de Classe Especial, o auto de infração não pode ser lavrado por essas autoridades fazendárias, por ser privativo de Auditores-Fiscais da Receita Federal em exercício nos serviços, setores ou divisões de Fiscalização da Receita Federal.

Diante disso, é por demais óbvio a improcedência dos argumentos da defesa, razão pela qual deve ser rejeitada essa preliminar de nulidade.

II - Da preliminar de nulidade do lançamento de ofício em razão de este haver sido lavrado por fiscal supostamente inabilitado para tanto.

O exercício da função pública, como bem conceitua o art. 15 da Lei nº 8.112/90, implica o efetivo desempenho das atribuições do cargo, vale dizer, na prática de todos os atos legalmente atribuídos àquele que ocupa o cargo.

A Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, estabelece as diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, estipulando, em seu art. 2º, os tipos de provimento dos cargos públicos, e, no seu art. 3º, as características de cada cargo:

"Art. 1º - A classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais obedecerá às diretrizes estabelecidas na presente lei.

Art. 2º - Os cargos serão classificados como de provimento em comissão e de provimento efetivo, enquadrando-se, basicamente, nos seguintes Grupos:

De Provimento em Comissão

I - omissis

De Provimento Efetivo

II - omissis

.....



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/04/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

VI - Tributação, Arrecadação e Fiscalização

.....
Art. 3º - Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

I - Omissis

.....
VI – Tributação, Arrecadação e Fiscalização: os cargos com atividade de tributação arrecadação e fiscalização de tributos federais.

.....”

Por sua vez, o art. 911 do RIR/1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, que tem como matriz legal o art. 7º da Lei nº 2.354/54 combinado com o Decreto-Lei nº 2.225/85, dispõe que:

“Art. 911. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos da contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais.”

A carreira Auditoria do Tesouro Nacional foi criada pelo Decreto-Lei nº 2.225/85, sendo o antigo cargo de Fiscal de Tributos Federais substituído pelo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, que, por seu turno, também foi transformado no de Auditor-Fiscal da Receita Federal através da Medida Provisória nº 1.915/1999 e de suas reedições, cujas atribuições são as mesmas. A investidura no cargo dá-se por concurso público, atendidos os requisitos legais, como o de ser o candidato portador de diploma de nível superior, não se exigindo, porém, formação específica; no entanto, é fato público a complexidade dos exames, sobretudo na área contábil e jurídica, além de se submeter o candidato, aprovado na primeira etapa do concurso, a rigoroso curso de formação, dirigido às atividades inerentes ao cargo. Seja lá como for, o certo é que a competência dos Auditores-Fiscais para o exame de livros e documentos da contabilidade dos contribuintes foi dada por lei. Discutir isso seria discutir a validade da lei.

Ressalte-se ainda que o agente público, enquanto pratica atos circunscritos às atribuições de seu cargo, está agindo no interesse de toda a coletividade, não estando, por isso, sujeito à ingerência descabida de entidades de classe, seja ela qual for. Eis, portanto, a razão de a lei assegurar a todo aquele nomeado para cargo público o direito de nele empossar-se e entrar em exercício, e, em decorrência, de exercer livremente todas as atribuições que o cargo lhe confere, sem que, para tanto, sejam-lhe exigidos outros requisitos que não aqueles da lei.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/04/01
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

O que a autuada não compreende é que o aparente conflito com as leis que regulamentam o exercício da profissão de Contador se resolve com a aplicação do princípio da especialidade, negando-se, para o caso de auditoria contábil-fiscal, vigência àqueles dispositivos.

De outro lado, não se vislumbra qualquer ofensa à norma insculpida no inciso XIII do art. 5º da Carta Magna, assim verbalizada: "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*", pois, como visto, foi o próprio constituinte que remeteu a regulamentação profissional ao legislador ordinário, de tal sorte que pode a lei deixar de exigir a formação específica de Contador para o ingresso na Carreira Auditoria da Receita Federal, desde que cumpridos outros requisitos legais já apontados acima, tais como a investidura por concurso público, ser o candidato portador de diploma de nível superior e o curso de formação dirigido às necessidades do cargo.

Assim, independentemente de sua formação profissional, o que habilita o Auditor-Fiscal da Receita Federal a exercer as funções inerentes à fiscalização dos tributos federais, nelas compreendidas a auditoria fiscal, é a natureza do cargo que ocupa e as atribuições, por lei, a este conferidas. Daí, não ser relevante sua especialização profissional, podendo ser qualquer uma dentre as de nível superior.

Por último, merece ser destacado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação a caso correlato:

1 "ADMINISTRATIVO. FISCAL DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIAS. INSCRIÇÃO EM CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. DESNECESSIDADE.

O fiscal de contribuições previdenciárias prescinde de inscrição em conselho Regional de contabilidade para desempenhar suas funções, dentre as quais a de fiscalização contábil das empresas."

Em razão do exposto, entendo não prosperar essa arguição de nulidade do lançamento fiscal.

b) Lavratura do auto de infração fora do local da verificação da falta

Primeiramente cabe esclarecer que o "local da verificação da falta" não significa sempre o "local onde a falta foi praticada", mas sim "onde foi constatada", podendo ser o local da repartição ou qualquer outro que não o da sede do contribuinte, como ministra Luiz Henrique Barros de Arruda, *in* Processo Administrativo Fiscal, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 2ª edição, pág. 45. Em segundo lugar, com o advento da Informática, raramente um auto de infração é redigido e calculado manualmente, mas com o valioso auxílio de microcomputadores, normalmente instalados na sede da Repartição, pelo que a interpretação do

¹ *Recurso improvido.* (RESP 218.406/RS, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, decisão de 14.09.1999, DJ de 25.10.1999, p. 63).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/04/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21

Recurso nº : 125.045

Acórdão nº : 202-15.651

dispositivo legal há que acompanhar a evolução dos tempos, desde que isso não traga nenhum prejuízo para a contribuinte como o cerceamento do seu direito de defesa.

Segundo Antônio da Silva Cabral, *in* Processo Administrativo Fiscal, Ed. Saraiva, 1993, São Paulo, pág. 223, "O local, conforme acentuado, é de suma importância, não só porque previne a jurisdição ou prorroga a competência, como também é uma garantia para o contribuinte, pois evita a malícia de um fiscal que, por acaso, pretendesse lavrar auto de infração no Estado do Pará com relação a um contribuinte que reside no Paraná". (grifos nossos). Se, pois, os autos de infração foram confeccionados nos computadores da Repartição, localizada em São Paulo - SP, e cientificada regularmente a contribuinte em seu domicílio fiscal, não se pode dizer que houve descumprimento dos requisitos legais do art. 10, *caput*, do Decreto nº 70.235/72, pois relevante é que foi observada a jurisdição fiscal da autuada, mormente se o processo foi protocolizado na DRF da sede da autuada, para aguardar pagamento ou impugnação, não se vislumbrando aqui qualquer prejuízo para a contribuinte, como cerceamento do direito de defesa.

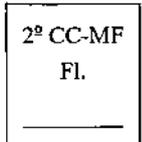
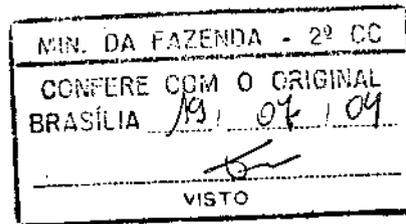
Alega ainda a reclamante que, tendo o auto sido articulado e elaborado fora de sua sede, certos fatos ocorridos no curso da ação fiscal foram sonegados do conhecimento da autuada, dificultando a prestação de informações, o que caracterizaria cerceamento do direito de defesa. Ora, diversos termos de solicitação de esclarecimentos foram dados à contribuinte, inclusive, o fornecimento, por parte da Fiscalização, de elementos e instruções necessários às respostas solicitadas, como se pode ver nos autos do processo em exame. Daí, demonstrada está à improcedência das alegações de ofensa à ampla defesa e ao contraditório; ademais, não impõe a lei que a autoridade lançadora deva sempre intimar o contribuinte, antes de fazer o lançamento, isso porque, o processo administrativo fiscal tem regras próprias, diferentes da do judicial civil ou criminal, sendo assegurado ao contribuinte autuado a ampla defesa e o contraditório nas fases de impugnação e recursos, sem prejuízo das oportunidades que venham a lhe ser dadas, a critério da autoridade lançadora, antes da lavratura do auto de infração, como tantas que foram dadas à autuada no decorrer da ação fiscal.

Em relação à suposta improcedência do auto de infração que teria sido calcado, no dizer da autuada, "em cima de suposições", já que o Termo de Encerramento da fiscalização menciona haver sido verificado, **por amostragem**, o cumprimento das obrigações tributárias relativas à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

Compulsando-se os autos verifica-se que a denúncia fiscal vem embasada em sólidos elementos de prova, os próprios livros fiscais e contábeis da autuada, planilhas por ela mesma preenchidas e farta documentação das operações realizadas pelo sujeito passivo. Além disso, o auto de infração vem acompanhado de planilhas detalhadas da base de cálculo da contribuição, da alíquota aplicável, do *quantum* devido, inclusive juros de mora e multa de ofício, bem como da descrição dos elementos de fato e de direito que ensejaram a autuação. De outro lado, não há nos autos qualquer elemento que evidencie haver sido a denúncia fiscal calcada em suposições; ao contrário, todas as acusações estão arrimadas em robustas provas que lhes asseguram a devida credibilidade, diferentemente dos argumentos de defesa que vieram desprovidos de qualquer elemento probatório capaz de lhe dar sustentação. O fato de a Fiscalização haver utilizado no Termo de Encerramento a expressão "por amostragem", quer



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

dizer apenas que dentro de todas as operações possíveis de fiscalização, apenas parte delas fora examinada.

Com essa expressão “por amostragem” os autuantes querem apenas deixar claro que não estão homologando, em sua totalidade, os procedimentos adotados pela fiscalizada, mas apenas os abrangidos pelo auto de infração e que, enquanto não decair o direito de lançar, pode o Fisco proceder à nova Fiscalização. Predita expressão, como bem ressaltou a autoridade julgadora recorrida, é texto padrão utilizado nos termos de encerramento de ações fiscais e tem natureza meramente informativa, não tendo qualquer relevância para a autuação, menos ainda para o julgamento do lançamento fiscal.

Diante disso, não há como acolher as razões de defesa referentes à matéria acima examinada.

Em assim sendo, a suscitada preliminar também não merece ser acatada.

No mérito, melhor sorte não merece os argumentos da recorrente no tocante à suposta ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois as contribuições sociais, a exemplo da COFINS, não são balizadas por esse cânone constitucional, que rege, apenas, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), bem como os que vierem a ser instituído na competência residual da União, prevista no inciso I do artigo 154 da Constituição Federal de 1988. Os demais tributos só não serão cumulativos se a lei assim dispuser, o que, em absoluto, não era o caso da COFINS no período fiscalizado, pois o art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 que instituiu predita contribuição social, estabeleceu como base da exação o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Posteriormente, o art 3º da Lei nº 9.718/98 determinou que o faturamento será considerado como receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida como sendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O conceito do que venha a ser receita é dado pela legislação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, que também define as características dessa terminologia. Por ser de inegável importância para o exame do tema, será transcrito o artigo 279 do ²Regulamento do Imposto de Renda de 1999, cuja matriz legal é o artigo 44 da Lei nº 4.506, de 1964, com a redação dada pelo artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

“Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia.”

Segundo Sérgio de Iudicibus e José Carlos Marion in “Dicionário de Termos de Contabilidade”, São Paulo, Editora Atlas S.A, 2001, pág. 124 e 169, o lucro operacional bruto é conceituado como sendo a “diferença entre a receita de vendas menos suas deduções e o custo

² Decreto 3.000/99



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/07/09
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

daquilo que tenha sido vendido”, e a receita bruta é conceituada como sendo “o valor monetário, em determinado período, da produção de bens e serviços da entidade, em sentido lato, para o mercado, no mesmo período, validada, mediata ou imediatamente pelo mercado, provocando acréscimos de patrimônio líquido e simultâneo acréscimo de ativo, sem necessariamente provocar, ao mesmo tempo, um decréscimo do ativo e do patrimônio líquido, caracterizado pela despesa” ou, ainda, “expressão monetária conferida pelo mercado à produção de bens e serviços da entidade, em sentido amplo, em determinado período. Em geral, pode-se dizer que é a expressão monetária, validada pelo mercado, do agregado de bens e serviços da entidade, em sentido amplo (em determinado período de tempo), e que provoca um acréscimo concomitante no ativo e no patrimônio líquido, considerado separadamente da diminuição do ativo (ou do acréscimo do passivo) e do patrimônio líquido provocados pelo esforço em produzir tal receita.” (grifo nosso).

Depreende-se destes conceitos que não estão excluídos da receita bruta os custos incorridos nas compras de mercadorias que posteriormente serão revendidas com lucro ao consumidor final, como deseja a recorrente. Acaso fosse efetuada a exclusão pleiteada estar-se-ia tributando o lucro operacional bruto e não a receita bruta, como determina a lei.

Releva ainda esclarecer que, mesmo antes da regência da Lei nº 9.718/98, o valor que servia de base para cobrança da COFINS já era aquele relativo ao faturamento, assim entendido o total das receitas auferidas, senão vejamos: o significado da palavra faturamento, no léxico, é o ato ou efeito de faturar. Faturar significa, na linguagem técnica-comercial, incluir mercadoria em fatura. Fatura, aí, quer dizer a relação que acompanha a remessa de mercadorias. Já na linguagem econômica, significa o complexo das receitas havidas pela empresa em dado período, independentemente dos resultados, positivos ou negativos, obtidos ao final. Distingue-se de lucro, pois este sim indica o resultado pecuniário positivo da empresa, decorrente do encontro das contas do ativo e do passivo num balanço contábil. Percebe-se que o constituinte de 1988 coincidentemente adotou o termo faturamento nesse sentido econômico (de entradas brutas), com o objetivo proclamado de ampliar a base de cobrança das contribuições sociais.

Em suma, a base de cálculo da COFINS é o valor do faturamento mensal (receita bruta), assim entendida as receitas auferidas na venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, no conceito da LC nº 70/91, e posteriormente, com o advento da Lei nº 9.718/98, a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade exercida pelo contribuinte e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas, admitidas, nos dois casos, apenas as exclusões e deduções previstas na legislação em vigor.

Desta sorte, vê-se que a base de cálculo da contribuição sempre foi o valor relativo à receita bruta, nunca aquele relativo ao lucro operacional bruto, como pretendeu a contribuinte, no qual, diferente do primeiro, estariam excluídos os custos de aquisições.

De todo o exposto, vê-se que, licitamente, não há como excluir da base de cálculo da contribuição os valores relativos aos custos e tributar, apenas, o lucro como pretendido pela reclamante, porquanto, tal pretensão não encontra amparo legal. //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 19/07/09
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000046/00-21
Recurso nº : 125.045
Acórdão nº : 202-15.651

Ressalte-se, por oportuno, que o conceito de faturamento utilizado pela Fiscalização não decorre de interpretação extensiva, mas sim de texto literal de lei, como não poderia deixar de ser, pois na atividade de lançamento, o caminho é muito estreito, de tal sorte que o agente lançador não pode ir além ou aquém do mandamento legal, devendo ater-se aos exatos ditames da lei, justamente assim procederam os autuantes.

Quanto à suposta agressão ao princípio da capacidade contributiva é de se observar que a sobrenorma estatuída nessa garantia constitucional é dirigida ao legislador infraconstitucional, a quem compete observá-la quando da fixação dos parâmetros de incidência, alíquota e base de cálculo. A competência da administração resume-se em verificar o cumprimento das leis vigentes no ordenamento jurídico, exigindo o seu cumprimento quando violadas, como é o caso vertente.

No que pertine à multa aplicada, as razões de defesa não procedem, pois a aplicação da penalidade cominada em lei não é atividade discricionária, sendo, antes, obrigatória e vinculada, não podendo a autoridade fiscal deixar de aplicá-la, em se configurando a situação tipificada no texto legal, sob pena de responsabilidade funcional.

A situação fática apresentada nos autos subsume exatamente a hipótese prevista na legislação – falta de recolhimento espontâneo do tributo por homologação – que enseja o lançamento de ofício e sujeita o contribuinte ou responsável, por força do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, à aplicação de multa de ofício correspondente a 75% da obrigação tributária não satisfeita.

“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 vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;”

Agiu, pois, corretamente, a fiscalização ao aplicar a multa prevista na lei tributária específica.

Os argumentos de que a multa lançada representaria confisco não serão aqui debatidos, pois a discussão convergiria, necessariamente, para a análise da constitucionalidade da lei que fixara o percentual da multa aplicável, matéria alheia à competência das instâncias administrativas. Revelando-se estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Quanto aos juros de mora, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especifica. No caso presente, os juros foram calculados em percentual



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/04/04
VISTO

2º CC-MF
FL.

Processo nº : 13808.000046/00-21

Recurso nº : 125.045

Acórdão nº : 202-15.651

equivalente à Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996.

Dessa feita, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vício ao ato de lançamento no qual formalizou-se o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

No tocante aos argumentos da defesa concernentes à afronta da legislação pertinente aos juros moratórios exigidos no auto de infração a mandamentos constitucionais, à norma geral prevista no Código Tributário Nacional ou ao Código de Defesa do Consumidor, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 ao 102 da Carta Magna.

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e no mérito por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2004


HENRIQUE PINHEIRO TORRES