



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

Processo n° 13808.000231/2002-40
Recurso n° 515.856 Voluntário
Acórdão n° 3201-000.636 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de fevereiro de 2011
Matéria Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Recorrente CURT E ALEX ASSOC LABORAT. CINEMAT. LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/05/1996, 01/09/1996 a 30/09/1996, 01/12/1996 a 31/01/1997, 01/04/1997 a 30/04/1997, 01/06/1997 a 30/06/1997, 01/09/1997 a 30/09/1997, 01/11/1997 a 30/11/1997, 01/02/1998 a 28/02/1998, 01/05/1998 a 30/06/1998, 01/02/1999 a 31/08/1999, 01/12/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 29/02/2000, 01/04/2000 a 30/04/2000, 01/06/2000 a 31/07/2000, 01/10/2000 a 31/10/2000

DECADÊNCIA

Por força da Súmula Vinculante n° 8 do Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo à COFINS é de 5 (cinco) anos a contar do respectivo fato gerador.

RECEITAS NÃO OPERACIONAIS

Não tendo sido impugnada a matéria referente à composição da base de cálculo da COFINS na autuação, quando da impugnação, ocorreu a preclusão, não podendo agora ser analisado o tema.

MULTA DE OFÍCIO

Tendo a fiscalização apurado diferenças entre os valores declarados à Receita Federal do Brasil e a escrita contábil do contribuinte, deve proceder à lavratura de auto de infração com todos os acréscimos legais previstos, inclusive a multa de ofício em atenção ao art. 44, I, da Lei n° 9.430, de 1996.

TAXA SELIC

Aplicação direta da Súmula CARF n° 4.

INCONSTITUCIONALIDADE

Aplicação direta da Súmula CARF n° 2.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, para acolher a preliminar de decadência. Por maioria de votos, negar provimento quanto à majoração da base de cálculo da COFINS, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. No tocante à majoração da base de cálculo da COFINS, foram vencidos os Conselheiros Marcelo Ribeiro Nogueira e Daniel Mariz Gudiño. Designado para redigir o voto vencedor a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim.

Mércia Helena Trajano D'Amorim – Presidente em exercício.

Daniel Mariz Gudiño - Relator.

EDITADO EM: 04/01/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mércia Helena Trajano D'Amorim (presidente da turma), Luciano Lopes de Almeida Moraes (vice-presidente), Luiz Eduardo Garrossino Barbieri, Marcelo Ribeiro Nogueira e Daniel Mariz Gudiño. Ausente justificadamente a Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a data da prolação do acórdão recorrido, transcrevo abaixo o relatório do órgão julgador de 1ª instância, incluindo, em seguida, as razões de recurso voluntário apresentado pela Recorrente:

Em ação fiscal levada a efeito em face do contribuinte acima identificado foi apurada falta de recolhimento da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins relativa aos fatos geradores ocorridos entre os meses de maio, setembro e dezembro de 1996, janeiro, abril, junho, setembro e novembro de 1997, fevereiro, maio e junho de 1998, fevereiro a agosto e dezembro de 1999, fevereiro, abril, junho, julho e outubro de 2000, razão pela qual foi lavrado o auto de infração de fls. 42 a 44, com o seguinte enquadramento legal: Art. 2º da Lei Complementar nº 70/91; art. 77, inciso III, do Decreto-Lei nº 5.844/43; art. 149 da Lei nº 5.172/66; art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715/98; arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/98.(sic)

2. Foi descrito no "Termo de Verificação Fiscal" de fl. 35: "Inicialmente, de acordo com os balancetes apresentados de 1996 a 2000, reconstituímos as bases de cálculo das contribuições, utilizando as planilhas fornecidas pelo contribuinte e obtivemos as bases de cálculo demonstradas nos papéis de fiscalização."

3. O crédito tributário apurado, composto pela contribuição, pela multa proporcional e pelos juros moratórios, calculados até 28/12/2001, perfaz o total de R\$ 31.778,86 (trinta e um mil, setecentos e setenta e oito reais e oitenta e seis centavos).

4. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 14/01/2002, o contribuinte protocolizou, em 13/02/2002, a impugnação de fls. 47-54, acompanhada dos documentos de fls. 55-82, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

4.1. Os fatos geradores do PIS e da COFINS relativamente aos períodos de 1996 e janeiro de 1997, objetivados pelo Auto, por terem ocorridos há mais de cinco anos, estão extintos na forma do inciso V, do art. 156, do CTN.

4.1.1. Trata-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação e, nos termos do § 4º, do art. 150 do CTN, considera-se homologado o lançamento por falta de pronunciamento da Fazenda Pública no referido prazo e definitivamente extinto o crédito tributário.

4.1.2. Ressalta esta impugnante que não há lugar para a aplicação de dispositivo correspondente a outros tipos de lançamento (art. 173 do CTN), ainda que houvesse suspensão do crédito, por não ser fato que exclui ou afasta a obrigação privativa da autoridade em constituir o crédito tributário por meio de lançamento (art. 142 e seguintes do CTN). Reproduz esse artigo.

4.1.3. A decadência não se suspende e nem se interrompe, não havendo qualquer forma de recontagem do referido prazo e nem mesmo a restrição da falta de pagamento do tributo como elemento para justificar a aplicação de um ou outro dispositivo do CTN (§ 4º do art. 150 e art. 173). Nesse sentido, reproduz a jurisprudência.

4.2. Caberia à autoridade administrativa, primeiramente, pedir esclarecimento ao contribuinte para posteriormente identificar eventual fato gerador, conforme estabelece o art. 142 acima reproduzido, bem como o art. 149 a seguir reproduzido, ambos do CTN.

4.2.1. Ressalta que não há no Auto elementos que permitam a ela a constatação daquilo que a autoridade fiscal determinou de "falta ou insuficiência de declaração". O ônus na demonstração

de eventual infração fiscal é exclusivamente da autoridade administrativa, conforme estabelece o referido art. 142, do CTN.

4.2.2. O auto simplesmente reporta-se a balancetes apresentados pelo contribuinte para concluir pela necessária reconstituição das bases de cálculo das aludidas contribuições e exigi-las, com juros (SELIC) e multa de valores elevados.

4.3. Além dos valores exigidos neste Auto a título de PIS e COFINS, exige também multa de 75% do valor do débito que apurou. Entretanto, a referida multa não há de prevalecer já que diz respeito a lançamento de ofício, da forma como prescreve o art. 44 da Lei nº 9.430/96.

4.3.1. O caso aqui é de lançamento por homologação e a multa, se de fato incidisse, deveria ser aplicada até o limite de 20% na forma do art. 61 da mesma Lei nº 9.430/96.

4.4. Da mesma forma, a taxa SELIC exigida pelo auto também deve ser afastada.

4.4.1. O art. 13, da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, ao defini-la como sendo de referência, caracteriza-a como meio de remuneração de capital, sendo certo que é ela calculada em função da variação do seu custo que, por sua vez, sofre a influência das flutuações da economia e do mercado. A referida taxa é calculada diariamente pelo Banco Central, sendo também resultado das negociações dos títulos públicos.

4.4.2. Assim, deixa de ter natureza de juros moratórios para assumir caráter estritamente remuneratório, em franco desrespeito ao art. 192, § 3º da Constituição Federal e art. 161, § 1º do CTN, conforme reproduzidos.

4.4.3. No âmbito do direito tributário, os juros de mora são devidos quando do retardamento do pagamento de uma obrigação tributária e servem apenas para compensar a mora. A taxa SELIC, na forma como é calculada, constitui remuneração de capital, inaplicável portanto quanto aos débitos aqui exigidos, sob pena de infração ao referido § 1º, do art. 161, do CTN.

4.4.4. A exemplo do que ocorreu com a TR, a SELIC é notoriamente inconstitucional e deve ser afastada para a hipótese de ser devida a exigência impugnada.

4.5. Por fim, requer que seja reconhecida a extinção do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos nos períodos de 1996 e janeiro de 1997, já que extintos pela decadência, bem como seja julgado improcedente o Auto de Infração, afastando as severas multas atribuídas.

Na decisão de primeira instância, proferida na Sessão de Julgamento de 1º/11/2005, a 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) julgou improcedente a impugnação da ora Recorrente, conforme Acórdão nº 08.208 de fls. 98/106:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/05/1996, 01/09/1996 a 30/09/1996, 01/12/1996 a 31/01/1997, 01/04/1997 a 30/04/1997, 01/06/1997 a 30/06/1997, 01/09/1997 a 30/09/1997, 01/11/1997 a 30/11/1997, 01/02/1998 a 28/02/1998, 01/05/1998 a 30/06/1998, 01/02/1999 a 31/08/1999, 01/12/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 29/02/2000, 01/04/2000 a 30/04/2000, 01/06/2000 a 31/07/2000, 01/10/2000 a 31/10/2000

Ementa: PIS - DECADÊNCIA

O prazo decadencial para a constituição de créditos do PIS é de dez anos, segundo art. 45 da Lei nº 8.212/91.

JUROS DE MORA E MULTA

São devidos na forma da Lei.

TAXA SELIC

Procede a cobrança de encargos de juros com base na taxa SELIC, porque encontra-se amparada por lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

INCONSTITUCIONALIDADE

Falece competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional.

Lançamento procedente.

A Recorrente foi cientificada do teor da INTIMAÇÃO SECAT/1225/JM, em 04/08/2009 (fl.110), tendo protocolado seu recurso voluntário em 28/08/2009 (fls. 122/129), que, em síntese, reitera os argumentos da sua impugnação (fls. 47/54).

Na forma regimental, o processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator em 27/08/2010.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño

Por atender aos pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, CONHEÇO o recurso voluntário e passo a analisá-lo.

Preliminarmente, assiste razão à Recorrente no tocante ao prazo decadencial de 5 (cinco) anos a contar da data do fato gerador, eis que a autuação refere-se a tributo sujeito a lançamento por homologação.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 8 com o seguinte teor: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Como a fiscalização empregou o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991 para justificar a cobrança da COFINS nos períodos de apuração de 1996 e janeiro de 1997, o lançamento deve ser parcialmente cancelado por força do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 e do art. 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, a seguir transcritos:

Constituição Federal de 1988

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Decreto nº 70.235, de 1972

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.

(...)

§ 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)

(...)

Quanto à alegação da Recorrente de que não há no auto elementos que permitam a constatação da falta ou insuficiência de declaração, entendo que a decisão recorrida deve ser mantida porquanto a fiscalização agiu corretamente ao cruzar as informações apresentadas nas Declarações de Débitos e Créditos de Tributos Federais – DCTFs e Declarações de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJs, com os Documentos de Arrecadação de Receitas Federais – DARFs e os balancetes.

Com efeito, como a Recorrente não declarou a integralidade dos débitos de COFINS consoante a legislação vigente à época, agiu corretamente a fiscalização ao lavrar auto de infração, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional e do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972.

No tocante à inaplicabilidade da cobrança de multa de ofício por se tratar a COFINS de um tributo sujeito a lançamento por homologação, também não assiste razão à Recorrente. De acordo com o art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, a multa de ofício corresponderá a 75% (setenta e cinco por cento) sempre que a lavratura do auto de infração decorrer de diferença de contribuição nos casos de falta de declaração.

Em outras palavras, apesar de a COFINS ser um tributo sujeito a lançamento por homologação, quando há apuração de eventuais diferenças por iniciativa da fiscalização, o lançamento dessa diferença é de ofício, cabendo, portanto, a multa punitiva.

Sobre a alegação da Recorrente quanto à inconstitucionalidade da cobrança de juros moratórios calculados com base na taxa Selic, lembro que este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se manifestar acerca dessa matéria, conforme dispõe o enunciado da Súmula CARF nº 2, a saber: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Não obstante, ainda que fosse superada a questão da competência, o mérito da questão também se encontra disciplinado pela Súmula CARF nº 4, que assim dispõe:

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.

Desse modo, em atenção ao art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pelo Portaria MF nº 256, de 2009, e alterações posteriores, limito o meu voto ao teor das citadas súmulas para manter a decisão recorrida.

Por outro lado, não posso negar vigência ao art. 62-A, parágrafo único, I, do Anexo II do citado Regimento Interno do CARF, segundo o qual o membro do CARF deve afastar a aplicação de lei quando a mesma já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

No caso concreto, parte das diferenças apuradas pela fiscalização correspondia a receitas não operacionais, sendo certo que, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 346.084/PR, nº 357.950/RS, nº 358.273/RS e nº 390.840/MG, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou a base de cálculo da COFINS para abranger receitas não operacionais.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário para cancelar o lançamento no tocante aos períodos abrangidos pela decadência, bem como, em relação aos períodos posteriores, para determinar, de ofício, o cancelamento dos créditos tributários oriundos de receitas não operacionais.

É como voto.

Daniel Mariz Gudiño - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim

A recorrente não declarou a integralidade dos débitos da COFINS, como relatado, e no âmbito de sua defesa, além da preliminar de decadência levantada; apenas se insurge de que deve ser afastada a cobrança da multa de 75% e dos juros moratórios.

A abordagem de mérito fica restrita ao cabimento da aplicação da multa e os juros à base da taxa SELIC. Em nenhum momento, a recorrente argumenta, sobre a composição da base de cálculo da COFINS.

Pondera o I. Conselheiro relator, quando o mesmo argumenta que parte das diferenças apuradas pela fiscalização correspondia a receitas não operacionais, sendo certo que, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 346.084/PR, nº 357.950/RS, nº 358.273/RS e nº 390.840/MG, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou a base de cálculo da COFINS para abranger receitas não operacionais.

Pois, ao meu ver o enfrentamento desta matéria, foge ao que foi solicitado, que entendo ser matéria preclusa.

A preclusão nada mais é do que a perda da faculdade de uma das partes em fazer valer algum direito em decorrência de algum fator, seja pelo lapso temporal, seja por uma atitude tomada contrária ao ato que poderia ser praticado.

No presente caso, não tendo havido qualquer irrisignação quanto à composição da base de cálculo da COFINS na autuação ou o motivo desta, descabida é a tentativa de discuti-la agora.

Sobre o assunto, Nelson Nery Junior, in “Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos”, Editora Revista dos Tribunais, 2000, aduz:

O ônus de recorrer importa, também, na limitação do âmbito de abrangência do recurso, vale dizer, te íntima relação com os limites objetivos daquele. Assim, se há na decisão impugnada mais de uma questão decidida, o recorrente terá o ônus de impugnar cada uma destas questões. Não o fazendo, haverá a incidência da preclusão quanto à matéria não impugnada. (grifo nosso)

Dessa forma, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário apresentado pela recorrente no tocante à majoração da base de cálculo da COFINS, por entender ser matéria preclusa; prejudicados os demais argumentos.

Mércia Helena Trajano D'Amorim – Redatora Designada

Processo nº 13808.000231/2002-40
Acórdão n.º **3201-000.636**

S3-C2T1
Fl. 155

CÓPIA