



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

Processo n° 13808.004585/00-58
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-01.654 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de junho de 2012
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente ADMINISTRADORA E CONSTRUTORA SOMA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/03/2000

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Constatada a ausência de prejuízo para o contribuinte a respeito da ciência dos fatos e para a elaboração da sua defesa, não se sustenta a nulidade por vício de intimação.

COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO. FATO EXTINTIVO DA OBRIGAÇÃO. ÔNUS PROBATÓRIO.

Se, por ocasião da lavratura de auto de infração, o contribuinte alega estar extinto o crédito tributário, pertence a ele o ônus de carrear aos autos o conjunto probatório suficiente.

AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. RENÚNCIA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL.

É de se reconhecer a renúncia à esfera administrativa, sempre que a recorrente, antes ou depois de lavrado o auto de infração, propõe em juízo demanda de objeto idêntico àquele discutido no processo administrativo-fiscal.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Julgado na manhã do dia 26 de junho de 2012.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Marcos Tranchesini Ortiz – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Raquel Motta Brandão Minatel, Marcos Tranchesini Ortiz e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Em 8 de abril de 2000, após o exame de verificações obrigatórias, ou seja, do cotejo dos valores declarados/pagos pelo sujeito passivo em face de sua própria escrituração contábil e fiscal, a auditoria lavrou auto de infração para lançamento da COFINS apurada sobre “Outras Receitas”, com fundamento no art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, relativamente às competências de fevereiro/1999 a março/2000 (fls. 111/118).

O crédito tributário então apurado foi constituído com exigibilidade suspensa, em razão de a recorrente ser autora de demanda judicial com medida liminar deferida, na qual pretendia, precisamente, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 (autos nº 1999.61.00.050462-0, 19ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo). Na mesma oportunidade, foi também formalizado contra a recorrente um segundo auto de infração, agora para exigência de diferenças entre o *faturamento* total escriturado e aquele confessado em DCTF, com aplicação de multa e juros (PAF nº 13808.004584/00-95).

Impugnação às fls. 120/160, por meio da qual se deduziu preliminar de cerceamento de defesa, ante a impossibilidade de consulta dos autos administrativos durante o prazo da impugnação. A DRJ-São Paulo/SP, reconhecendo o prejuízo à defesa, desconheceu a impugnação e devolveu à recorrente o prazo legal para apresentação de nova defesa (fls. 266/270).

A recorrente apresentou, então, nova e definitiva impugnação (fls. 278/292), através da qual pediu, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade da autuação aos seguintes argumentos:

(a) as intimações para apresentação de documentos, realizadas ao longo da fiscalização, teriam sido feitas nas pessoas de preposto da recorrente destituídos de poderes de representação; e

(b) descabimento de lançamento de ofício do crédito tributário, em razão de já estar o mesmo confessado em DCTF (fls. 203/207).

No mérito, alegou a inconstitucionalidade da majoração de base de cálculo da COFINS intentada pela Lei nº 9.718/98, de resto confirmada pelo Plenário do E. STF por ocasião do julgamento do RE nº 346.084-6/PR.

A DRJ-São Paulo/SP desproveu a impugnação (fls. 820/836). Afastou a primeira preliminar suscitada ao fundamento de que todas as intimações foram prontamente atendidas pelos prepostos da recorrente, razão pela qual inexistiu prejuízo ao contribuinte.

Rejeitou, ainda, a segunda preliminar, ao argumento de que apenas o valor indicado na DCTF como “saldo a pagar” dispensaria a constituição de ofício, sendo certo que, *in casu*, todo o débito confessado na DCTF estava vinculado a pagamentos, compensações e/ou parcelamentos, indicando-se saldo “zero” a pagar.

O argumento meritório, a seu turno, foi rejeitado porque, inobstante o entendimento firmado pelo E.STF sobre a matéria, a recorrente fora autora de ação individual – demanda que, inclusive provocara a constituição do crédito já com exigibilidade suspensa – na qual transitara em julgado decisão *desfavorável* à sua pretensão (fls. 788/819).

Sobreveio recurso voluntário, no qual se reiteram os argumentos da impugnação, acrescidos dos seguintes:

(a) após o trânsito em julgado do mandado de segurança já referido, a recorrente ajuizou ação rescisória (nº 2007.03.00.036453-1), distribuída ao E. TRF da 3ª Região, tendo obtido decisão liminar afastando, novamente, a base ampliada da COFINS segundo a Lei nº 9.718/98 (fls. 873/890); e

(b) inconstitucionalidade da taxa SELIC aplicada sobre o crédito tributário lançado.

Por ocasião da apreciação do voluntário, contudo, o Colegiado verificou que, em 12 de abril de 2000 – 2 meses antes de se iniciar a fiscalização – a recorrente apresentara DCTFs retificadoras (fls. 203/207), nas quais a base de cálculo da COFINS – identificável a partir dos débitos retificados – chegava a ser, inclusive, *superior* à “base de cálculo total” aferida pela DRF. Nesse sentido, atente-se, por exemplo, para o 1º trimestre de 1999, quando se confronta esta última (fls. 11, coluna “G”) com aquela apresentada na DCTF retificadora (fls. 203 e 479/519).

Percebeu-se, igualmente, que nas DCTFs retificadoras em questão, a recorrente teria acusado o adimplemento integral do débito confessado, através seja de pagamentos, seja de compensações e de parcelamentos.

Como, no termo de verificação fiscal de fls. 5/6, a DRF nada dissera acerca dessas alegadas formas de adimplemento, o Colegiado propôs a baixa dos autos em diligência para que o órgão preparador: (a) esclarecesse se as “Outras Receitas” que serviram de base de cálculo da autuação estariam contidas nas receitas confessadas das DCTFs retificadoras (fls. 203/207); e (b) confirmasse a efetiva ocorrência dos eventos (pagamento/compensação/parcelamento) associados aos débitos de COFINS nas DCTFs retificadoras.

Por meio da informação fiscal de fls. 902, a unidade de origem esclarece que as referidas DCTFs retificadoras não constam da base de dados da RFB, o que vem a ser,

posteriormente, ratificado por outro órgão da unidade de origem (fls. 908), acrescendo este último o fato de que o carimbo utilizado para recepção das DCTFs retificadoras não se assemelharia com aos utilizados pela RFB no período mencionado (fls. 905/907). Deu-se ciência à recorrente desses fatos, contra os quais ela apresentou manifestação (fls. 942/945), afirmando, em síntese, não lhe competir explicar a diferença de carimbos e, no mais, ratificando a entrega das respectivas declarações.

Os autos, então, retornaram à Derat e esta, por meio da intimação nº 889/2011 (fls. 948), solicitou à recorrente que apresentasse os recibos originais das DCTFs retificadoras relacionadas ao período da autuação, requisição esta não atendida pela recorrente. Foi o que ocasionou a lavratura de Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 949/953), para investigação de suposta prática do tipo previsto no artigo 296, do Código Penal Brasileiro (falsificação de selo ou sinal público).

Cumprida a diligência solicitada, por meio da qual, em síntese, constatou-se a ausência de qualquer DCTF retificadora na base de dados da RFB, retornam os autos para continuidade do julgamento.

Voto

Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz

O recurso é tempestivo e, observadas as demais formalidades aplicáveis, dele conheço.

São as seguintes as matérias em julgamento:

(a) nulidade do auto de infração, em virtude de as intimações realizadas durante a auditoria, terem sido endereçadas a quem não detinha poderes de representação da pessoa jurídica;

(b) descabimento do lançamento *ex officio*, em razão de suposta confissão do mesmo débito em DCTFs entregues anteriormente ao início da ação fiscal (retificadoras);

(c) inconstitucionalidade do dispositivo de lei que dá fundamento à autuação, artigo 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98; e, finalmente,

(d) ilegalidade da imposição da Taxa SELIC sobre os créditos tributários adimplidos tardiamente.

Enfrentemos os temas, na ordem em que acima dispostos.

Sobre a alegada nulidade do auto de infração em virtude de as intimações que o precederam, durante a fiscalização, terem sido recebidas por prepostos sem poderes de representação da pessoa jurídica, a DRJ enfrentou e resolveu corretamente a controvérsia, razão pela qual adiro sem ressalvas aos fundamentos do acórdão recorrido nesta parte:

“8.6. Verifico que as pessoas apontadas pela impugnante como desautorizadas a efetuar tais atos deram ciência, não só ao termo de início de fiscalização e ao Auto de Infração, como também aos mandados de procedimento fiscal, fls. 01/02, ao

termo de verificação e constatação de irregularidades, fls. 05/06, que também foram expedidos pela fiscalização. Mais, os demonstrativos de fls.13-18 foram assinados pelo encarregado contábil, em cujo carimbo consta a razão social da autuada.

8.7. Portanto, mesmo admitindo que os Srs. Paulo Marcos Resende e Julio Ivan Mininel não estivessem autorizados a representar a sociedade, a recepção daqueles documentos por eles não trouxe qualquer prejuízo à contribuinte, vez que foram atendidas as solicitações contidas naqueles termos. Por outro lado, a lavratura do Auto de Infração não decorreu do descumprimento de alguma solicitação do Fisco ou da falta de ciência pelos sócios ou representantes legais da pessoa jurídica, mas sim da constatação de valores constituídos a menor e o conseqüente recolhimento a menor da contribuição.”

Solucionada a preliminar, ingressemos, agora, aos argumentos contra o mérito propriamente dito da exigência.

Para formalizar o lançamento, a auditoria fiscal apurou o débito tributário a cargo da recorrente a partir do exame de sua escrituração contábil e fiscal. Dos montantes ali encontrados, subtraiu integralmente os valores dos **débitos tributários** que a interessada consignara em suas DCTFs originais.

Vejamos um exemplo: relativamente ao fato gerador consumado em fevereiro de 1999, a DCTF originalmente entregue pela recorrente noticiou a apuração de um total de R\$ 18.840,74, a título de COFINS, quantia esta integralmente vinculada a supostos créditos, parte originários de pagamento (R\$ 3.849,83) e parte de parcelamento (R\$ 14.990,91) (fls. 337). Pois para liquidar o lançamento de ofício, a fiscalização, em primeiro lugar, subtraiu do *faturamento* extraído da contabilidade da empresa – isto é, da receita de venda de mercadorias e prestação de serviços – a base de cálculo obtida a partir do débito apurado pela própria recorrente, na respectiva DCTF original. Em fevereiro de 1999, subtraiu, portanto, R\$ 628.024,66 (base de cálculo correspondente ao débito de R\$ 18.840,74) dos R\$ 2.291.626,60 a que tivera acesso pelos livros da companhia. Esta diferença, equivalente a R\$ 1.663.237,93 na competência em questão, constituiu a base de cálculo sobre a qual a auditoria lavrou o auto de infração objeto do já referido PAF nº 13808.004584/00-95. Percebendo, porém, que no mesmo período de apuração, a recorrente também auferira receitas de outras origens (que não as provenientes do faturamento), a fiscalização formalizou em processo apartado – nestes autos, portanto – a respectiva exigência. Como o débito tributário constante da DCTF originalmente entregue pela recorrente fora já integralmente considerado para fins de liquidação do lançamento realizado no PAF nº 13808.004584/00-95, nenhuma subtração adicional havia mesmo a fazer na constituição do crédito formalizado neste processo.

Para combater este auto de infração, a recorrente, então, alega ter entregue DCTFs retificadoras, supostamente protocoladas em 12.04.2000, alguns meses antes do início do procedimento fiscal. Nestas, teria informado débitos de COFINS superiores aos extraídos pela própria fiscalização dos seus livros contábeis. Utilizando novamente como exemplo a apuração de fevereiro/1999, a DCTF retificadora declarara débito de R\$80.466,87 (fls. 516), enquanto a auditoria apurara apenas R\$73.252,38 (fls. 17).

A suposta transmissão das DCTFs retificadoras possui um claro objetivo: sendo de natureza espontânea, a confissão de um débito igual ou superior ao liquidado no

próprio auto de infração implicaria, esse é o argumento da recorrente, a impossibilidade da constituição de ofício da obrigação, cuja persecução deveria se dar mediante direta inscrição em dívida ativa.

Sucedede que, de acordo com o relatório de diligência, as DCTFs retificadoras em questão não foram entregues. E, intimada a comprovar o protocolo das DCTFs mediante a apresentação dos recibos originais, a recorrente não os trouxe aos autos, resultando infrutífera a sua alegação em razão da ausência de prova quanto ao protocolo das declarações retificadoras.

Mesmo, porém, que as retificações em questão houvessem sido entregues, como quer a recorrente, nem assim lhe assistiria razão. É que, à época dos fatos, somente os *saldos a pagar* consignados na declaração – é dizer, somente a diferença entre os débitos declarados e os créditos a eles vinculados pelo declarante – constituíam confissão de dívida passível de inscrição sem prévio lançamento. Nesse sentido, vide, inclusive, texto encontrável na própria página do recibo de transmissão do documento:

“Fica a pessoa jurídica declarante ciente de que os valores constantes das colunas ‘saldo a pagar’ e ‘saldo a pagar em quotas’ serão enviados imediatamente para inscrição em dívida ativa da União (...).”

Em nenhuma das DCTFs retificadoras supostamente apresentadas há, todavia, “saldo a pagar”. Em outras palavras, para efetivar a exigência dos débitos ali noticiados, o Fisco não poderia proceder senão formalizando o lançamento de ofício.

Vou além. Nas DCTFs retificadoras, a recorrente não informa “saldo a pagar” simplesmente porque, como dito, vincula ao débito declarado créditos provenientes de atos extintivos da obrigação e de causas de suspensão de exigibilidade. Novamente valho-me da apuração de fevereiro de 1999, para dizer que, no período, o débito de R\$ 80.466,87 está integralmente associado a supostos créditos resultantes de pagamento (R\$3.849,83), parcelamento (R\$14.990,91) e compensação (R\$61.626,13).

Significa que, independentemente da celeuma em torno da veracidade do protocolo de entrega das retificadoras, o auto de infração seria insubsistente em se comprovando a efetiva ocorrência dos eventos extintivos e das causas de suspensão de exigibilidade a que as declarações remetem. Estamos a falar, aqui, de fatos extintivos ou modificativos do direito de crédito constituído através do auto de infração, cuja prova constitui ônus do qual a recorrente não se desincumbiu (artigo 333, do Código de Processo Civil).

A respeito do segundo argumento, qual seja, a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo e da majoração da alíquota da COFINS pela Lei nº 9.718/98, pondero que a este Colegiado não é permitido conhecer de tal fundamento em razão da manifesta concomitância existente com o mandado de segurança nº 1999.61.00.050462-0, distribuído à 19ª Vara Federal em São Paulo-SP e, posteriormente, com a ação rescisória nº 2007.03.00.036453-1, distribuída perante o TRF 3ª Região.

Em razão da identificação entre as causas de pedir, a argumentação de mérito construída pela recorrente, no tocante à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, simplesmente não pode ser conhecida pelos órgãos administrativos, nos termos da Súmula CARF nº 1, cujo teor é o seguinte:

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo

administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Rejeito, por fim, o argumento contra a constitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, como critério de atualização dos créditos tributários pagos a destempo. Neste particular, são dois os óbices ao acolhimento da pretensão recursal:

(i) o primeiro deles decorre da previsão do consectário em lei (Lei nº 9.065/95, artigo 13), o que atrai para a hipótese a aplicação do artigo 26-A, do Decreto nº 70.235/72, de acordo com o qual, no processo administrativo fiscal, é “*vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”; e

(ii) o segundo resulta da pacificação da jurisprudência do órgão em torno do tema, consolidada na Súmula CARF nº 4, cujo enunciado é o seguinte: “*a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre os 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*”.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Tranchesi Ortiz