



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

Processo nº 13921.000176/2005-34
Recurso nº 502.394 Voluntário
Acórdão nº 3102-000.852 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria COFINS
Recorrente ALUMICESAR COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002, 01/10/2004 a 31/05/2005

JUNTADA DE DOCUMENTOS APÓS A IMPUGNAÇÃO. RESTRIÇÕES.

A juntada de provas após a impugnação é medida excepcional, só justificável quando fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Ademais, para o exercício de tal faculdade, há que se seguir o rito preconizado no § 5º do Art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002, 01/10/2004 a 31/05/2005

Base de Cálculo. Faturamento.

A decretação da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 não surtiu qualquer efeito na cobrança da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social calculada sobre o faturamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002, 01/10/2004 a 31/05/2005

CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS LEGAIS QUE DISPÕEM SOBRE INFRAÇÕES E PENALIDADES.

A análise dos princípios constitucionais apontados, em especial, de vedação ao confisco, demandaria o exame da constitucionalidade de dispositivos legais em vigor, procedimento vedado a este órgão, segundo o art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

ANISTIA. IMPOSSIBILIDADE

A dispensa da multa em razão de aspectos econômico-financeiros do sujeito passivo só se dá por meio de anistia e esta, sabidamente, exige lei. Ausente tal ato normativo, não se pode acatar o pleito formulado.

TAXA SELIC.

A aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic como índice de correção dos débitos e créditos de natureza tributária. Aplicação da Súmula CARF nº 4

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acórdão os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Ausente a Conselheira Nanci Gama.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Fernandes do Nascimento, Ricardo Paulo Rosa, Beatriz Veríssimo de Sena, Luciano Pontes de Maya Gomes, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Em face da interessada foi lavrado, em 16/12/2005, o Auto de Infração de fls. 163/169, em que são exigidos R\$ 185.455,29 de Cofins (código 2960) e R\$ 139.091,39 de multa de ofício de 75%, além dos acréscimos legais, relativos aos períodos de apuração abril/2002 a dezembro/2002 e outubro/2004 a maio/2005, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 168/169, demonstrativo de apuração de fls. 163/164 e demonstrativo de multa e juros de fls. 165/166; o enquadramento legal do lançamento encontra-se às fls. 169 (Cofins) e 166 (Multa e juros de mora).

No campo “descrição dos fatos” do auto de infração (fl. 168) consta o seguinte resumo das infrações encontradas:

“COFINS – DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO. Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados conforme demonstrado nas planilhas de fls. 137/140. A empresa foi intimada a justificar as diferenças apontadas, através das fls. 141/144. Em sua resposta (fls. 145/161), questiona a constitucionalidade da cobrança da

Cofins, bem como alega que no período de 03/2001 a 12/2002 o atual proprietário não se encontrava na sociedade da fiscalizada. Quanto a constitucionalidade da cobrança da Cofins não cabe a esta fiscalização julgar o tema. A base legal está descrita no auto de infração e é com base nela que se está efetuando o presente lançamento. Também entende esta fiscalização que não pode ser utilizado o argumento da mudança no quadro societário para se eximir do pagamento de tributos. Às fls. 07/101, anexei cópias do livro de apuração de ICMS demonstrando a base de cálculo utilizada. Nas fls. 102/134 constam cópias das DCTFs e às fls. 135/136 consta relação dos pagamentos efetuados pela empresa. (...)”.

Cientificada do autos de infração em 21/12/2005 (fl. 167), a interessada, por meio de representante legal, apresentou, em 20/01/2006, a impugnação de fls. 172/187 e 190/205, instruída com os documentos de fls. 206/214, a seguir resumida.

Após falar de forma sintética sobre os fatos que levaram à autuação, suscita, como preliminar, a inconstitucionalidade da exigência do PIS e da Cofins, que tenha por base o art. 3º, § 1º da Lei n.º 9.718, de 1998, em face de “decisão” do Superior Tribunal Federal – STF, a partir do que faz o seguinte requerimento: “determine, desde já, a exclusão ou a compensação desses valores (créditos) com os débitos tributários pendentes de PIS e a Cofins e outros tributos federais existentes”.

Em item denominado “Do ‘termo de intimação fiscal’ da DRF/Saort e da ‘defesa inicial’”, alega que atendendo a prévia intimação do fisco, apresentou farta documentação fiscal, bem como as razões pelas quais a teriam levado à uma situação de inadimplência para com o fisco federal, que seriam “extremas dificuldades econômicas, financeiras e tributárias, que essa empresa vem enfrentando para sobreviver nesse mercado tão cruel e inconstante, por culpa da incipiente, desumana e injusta política monetária nacional”, tendo, ainda, demonstrado possuir créditos tributários, relativos ao PIS e à Cofins, dos períodos de 1998 a 2004, em razão da precitada “decisão” do STF, e requerido a retirada da taxa Selic, cumulada com a correção monetária, incidentes sobre débitos tributários em atraso, em virtude de decisões de tribunais judiciais superiores (reproduz, às fls. 174/178, o texto da resposta à intimação fiscal).

Sob o título “Da exclusão da responsabilidade tributária do novo sócio no A.I.”, sustenta a exclusão da responsabilidade tributária do Sr. Lizeu Adair Berto, que somente teria passado a fazer parte do quadro societário da empresa a partir de maio/2003, não tendo, assim, praticado atos de gerência em períodos anteriores.

No item “Da possibilidade de ‘compensação’ de outros créditos de natureza ‘não tributária’ (alimentares, judiciais) – título/crédito ‘Eletrobrás’ - com tributos federais”, informa que tem ação ordinária, com pedido de tutela antecipada (autos n.º

131.2002), no sentido da compensação de débitos oriundos de tributos federais com crédito advindo de Obrigação ao Portador da Eletrobrás, sendo que tal discussão judicial estaria, então, sendo objeto de recurso junto a Tribunal Regional Federal; entende, assim, que o referido crédito (título da Eletrobrás) não pode ser objeto de questionamento contrário por parte de autoridade administrativa; menciona, também, que há legislação tributária federal e estadual que permite expressa e constitucionalmente a compensação de créditos de natureza não-tributária com débitos de natureza tributária; junta, ainda, cópia de escritura pública de cessão de direitos (sobre o título da Eletrobrás), celebrada entre o Sr. Jair Nogueira e a interessada.

Na seqüência, no item “Da ilegalidade da multa fiscal – efeito abusivo e confiscatório (...)”, argumenta que ‘as multas isoladas, por compensações indevidas efetuada com crédito de natureza não tributária, não administrado pela Secretaria da Receita Federal’ são abusivas, elevadas e confiscatórias, e padecem de legitimidade e legalidade, uma vez que não teria praticado nenhuma irregularidade formal ou infração tributária perante o fisco.

Alega, ainda, que os demonstrativos onde consta a exigência das multas não esclareceriam “com certeza e exatidão as fórmulas e os índices aplicados”, sendo errôneos e incorretos.

Diz que o valor total do crédito impugnado (principal, multa e juros) extrapolariam ‘vergonhosamente’ os limites de sua ‘capacidade contributiva, econômica e patrimonial’, e feririam o princípio do não-confisco (art. 150, IV da CF/1988).

Ao final desse item, se comprovada a existência efetiva e legal de débitos para com o fisco, requer ao Delegado da Receita Federal de Cascavel o direito de pedir o parcelamento do mesmo, por meio de um programa de recuperação fiscal (Refis ou PAES).

Sob o título “Da inaplicabilidade da ‘taxa Selic’ cumulada com ‘correção monetária’ (...)”, com base em jurisprudência judicial, que transcreve, alega ser incabível a aplicação ao feito da taxa Selic.

Por fim, reafirma os termos de sua impugnação, pedindo pelo acatamento tanto da preliminar, como das matérias de mérito, bem como o direito de apresentar outras provas em direito admitidas (documentais, testemunhais, periciais).

À fl. 215, despacho da ARF/Francisco Beltrão atestando a tempestividade da impugnação.

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão de piso pela manutenção integral da exigência, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002, 01/10/2004 a 31/05/2005

*CONTESTAÇÃO DE VALIDADE DE NORMAS VIGENTES.
JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.*

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Corretas as exigências da multa de ofício e dos juros de mora, estes em percentuais equivalentes à taxa Selic, posto que feitas com amparo em expressa previsão legal.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002, 01/10/2004 a 31/05/2005

*FALTA DE DECLARAÇÃO/PAGAMENTO. LANÇAMENTO DE
OFÍCIO.*

É procedente o lançamento de ofício da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Cofins.

*COMPENSAÇÃO. DECLARAÇÃO. NECESSIDADE. PREVISÃO
LEGAL.*

No âmbito administrativo, conforme prevê a legislação pertinente, a compensação somente se efetiva com a entrega pela interessada da declaração de compensação, na qual esteja incluída a menção aos débitos fiscais que pretende ver compensados.

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a autuada mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário, essencialmente:

- a) alegar inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1988;
- b) denunciar “obstrução” à apresentação de novas provas admitidas no direito, sob a alegação de que lhe fora conferida oportunidade para apresentação de documentos, o que representaria violação dos princípios constitucionais “da sobrevivência das empresas, da isonomia tributária, da propriedade e princípios gerais da atividade econômica”;
- c) apresentar justificativa para a movimentação financeira no período;
- d) aduzir ilegalidade o lançamento do imposto de renda com base em extratos ou depósitos bancários. Relata ações civis públicas contra decisões do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes que afastaram o lançamento baseado em tais fundamentos;
- e) tecer considerações acerca do conceito de renda;

f) apelar pela exclusão da multa, em face da situação econômica da pessoa jurídica e do princípio do não-confisco;

g) contestar a aplicação da taxa selic.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que foi tempestivamente apresentado e trata de matéria afeta a esta Terceira Seção.

Enfrento separadamente cada uma das razões de recurso aduzidas.

1.1 – Demarcação da Matéria Litigiosa

Conforme se extrai da peça recursal, o Sujeito Passivo tece longas considerações acerca da ilegalidade do lançamento fundado na disparidade entre a movimentação financeira e a receita declarada, além de pretender justificar a movimentação financeira que o Fisco reputa inconsistente.

Ocorre que, como se destacou no auto de infração litigioso, a matéria sob exame é exclusivamente a acusada diferença entre o faturamento declarado e o detectado no livro Registro de Apuração do ICMS, juntado por cópia às fls 09 a 101, que foram consolidadas no demonstrativo às fls. 138 a 140.

Esse, portanto, será o escopo do presente voto.

1.2- Preliminar de Cerceamento do Direito de Defesa

Segundo consta do recurso voluntário, a recorrente teria tido seu direito de defesa cerceado em razão do indeferimento de juntada de novas provas, oitiva de testemunhas, perícia técnica, etc.

A definição do momento em que a prova documental deve ser apresentada, bem assim as exceções a essa regra encontram-se disciplinadas no § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, que reza:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Essencialmente, a juntada alegadamente pleiteada estaria fundamentada na alínea “b” acima transcrita, uma vez que, na convicção da recorrente, a comprovação de que os créditos alvo de lançamento encontrar-se-iam incluídos no Refis representariam fato ou direito superveniente.

Ora, com o máximo respeito, não vejo como considerar tais elementos que se pretende provar como supervenientes, na medida em que como a alegada adesão ao Refis, segundo alegado pela recorrente, precederia a lavratura do próprio auto de infração.

Por outro lado, não se noticia a edição de lei ou ato normativo posterior, o que igualmente invalidaria o fundamento do direito superveniente.

Apenas para o esclarecimento dos meus pares, compulsando os autos, este Relator não localizou qualquer documento que demonstrasse a apresentação de petição dirigida ao órgão preparador ou julgador postulando a juntada de provas posterior à impugnação. Ao que parece, portanto, dito pedido se limitou ao formulado no encerramento da petição onde a recorrente, à época impugnante, “protesta pela juntada de provas”.

Cabe aqui lembrar o que diz o §5º do mesmo art. 16:

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)¹

Rejeito, portanto, tal preliminar.

2- Mérito

2.1 – Inconstitucionalidade da Base de Cálculo

No mérito, a recorrente prega a inconstitucionalidade da base de cálculo fixada no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1988.

Tal dispositivo, como é cediço, alargou a base de cálculo da Cofins para além do faturamento, fazendo incidir receitas que estranhas à atividade empresarial principal, como, por exemplo, as receitas financeiras.

Ocorre que, com o máximo respeito, no presente processo, tal alegação não se sustenta na medida em que, como já destacado anteriormente, a base de cálculo sob a qual se funda o lançamento são as operações com mercadorias lançadas no Livro Registro de Apuração do ICMS.

¹ Nota COSIT nº 27, de 8/01/98

Quando da juntada de documentos após a impugnação, nos termos do §5º do art. 16 do PAF, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97, proceder-se-á em conformidade com o estabelecido no item 1 da letra “A” do anexo constante da Portaria SRF nº 4.980/94.

Ou seja, não se considerou, para efeito da cobrança, parcela diferente do faturamento, o que afasta a alegação de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 346.084-6².

Mantenho o lançamento, portanto.

2.2 – Multa de Ofício

Pleiteia ainda a recorrente que se reconheça a afronta ao princípio do não confisco, em razão da imposição de multa de 75%, capitulada no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Mais uma vez, não vejo como acatar tal pleito.

Com efeito, após a edição da Súmula Vinculante nº 10³, de autoria do e. Supremo Tribunal Federal, restou claramente identificado o limite dos critérios de que se pode socorrer o julgador administrativo.

Diz o dispositivo:

VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

Igualmente esclarecedora é a manifestação da mesma corte nos autos do RE 432.597-AgR⁴:

*"Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide **para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.**" (destaquei)*

Por óbvio, mais relevante do que fixar a as hipóteses em que o art. 97 da Constituição Federal deve ser observado, a manifestação do Pretório Excelso delimita o que se entende por controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo, fixando, por via indireta, os limites de atuação deste Colegiado.

Sabidamente, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) está impedido de exercer tal controle em razão do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, inserido pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008⁵, transcrito no art. 62 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 2009, responsável pela aprovação do Regimento Interno desse Colegiado

² Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/11/2005.

³ DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008. DO de 27/6/2008, p. 1.

⁴ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-04, DJ de 18-2-05.

⁵ 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.

Nesse contexto, demonstrada a incidência da norma ao fato, não se poderia afastar a sua aplicação face ao critério da *lex superior* constitucional, máxime quando tal norma se situa no plano dos princípios, sabidamente normas de eficácia contida.

Por outro lado, dada a ausência de lei expressa, não se pode anistiar a multa litigiosa em razão da situação econômica da pessoa jurídica.

Cabe aqui lembrar o que diz o art. 97, do Código Tributário Nacional (original não destacado):

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Sendo certo que a anistia se insere, juntamente com a isenção, dentre as modalidades de exclusão do crédito tributário, elencadas no art. 175 do CTN⁶, não há como, na ausência de lei que o respalde, acatar o pleito do sujeito passivo.

Confira-se ademais, o art. 180 do Código Tributário Nacional (original não destacado):

Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando:

2.3 – Selic.

Apesar da longa dissertação da recorrente acerca da inaplicabilidade da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC aos débitos tributários, não vejo como afastar a sua incidência sobre exigência discutida nos autos do presente recurso.

Importante frisar que essa discussão já encontra-se pacificada nesta corte administrativa, sendo inclusive alvo da Súmula CARF nº 4, que diz:

Súmula CARF nº 4: *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.*

3 - Conclusão

Com essas considerações, afasto a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário

⁶ Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

II - a anistia.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2010

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro