



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

Processo nº 14120.000028/2009-31
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-001.862 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2015
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO COFINS PIS
Recorrente ORGANIZAÇÃO MORENA DE PARCERIA E SERVIÇOS H LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

ANÁLISE DE INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

O Carf não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei. A eventual verificação da existência de confisco seria equivalente a reconhecer a inconstitucionalidade da incidência da multa, o que é vedado a este Conselho, salvo nas hipóteses previstas no art. 62, parágrafo único do Regimento Interno do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki (presidente), Winderley Moraes Pereira, Daniel Mariz Gudino, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo abaixo o relatório que compõe a Decisão Recorrida.

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

Autenticado digitalmente em 12/02/2015 por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO, Assinado digitalmente em 13/02/2015 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 12/02/2015 por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO

Impresso em 19/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Foram lavrados autos de infração de PIS e COFINS do ano calendário de 2005 no valor total de R\$ 988.879,06, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 186 a 215.

A autoridade fiscal efetuou o lançamento de ofício em face apuração incorreta a menor da COFINS e do PIS não cumulativos, estando o contribuinte sob o regime de apuração do lucro real trimestral, resultando em valor menor do que o devido no ano calendário de 2005.

Ao verificar o preenchimento dos DACON's a autoridade fiscal constatou que os valores inseridos nas diversas linhas da ficha de apuração dos créditos, cálculo e resumo fichas 12, 13 e 17B em relação à COFINS e 6, 7 e 11B em relação ao PIS não correspondem aos respectivos montantes escriturados no livro razão, tendo sido elaborado demonstrativo com as diferenças apuradas entre DACON e valores apurados pela fiscalização, conforme demonstrado em fls. 187 a 190 em relação à COFINS e 204 a 206 em relação ao PIS.

O contribuinte apresentou sua impugnação constante em fls. 246 a 252 e 216 a 218, alegando em síntese o seguinte:

PRELIMINARMENTE.

a) Que a autoridade fiscal usou a tributação de maneira irregular e ilegal, afrontando o princípio constitucional que manda não utilizar o tributo, com efeito, de confisco, conforme artigo 150, IV;

b) Que sobre o valor anual apurado de R\$ 11.922.280,07, qualquer que seja a forma de apuração não pode ultrapassar a alíquota de 3%, de COFINS apurando-se o crédito tributário de R\$ 357.668,40 e no presente caso a autoridade fiscal comprovou que a requerente cumpriu com sua obrigação tributária no valor de R\$ 360.688,08 referente às retenções e antecipações de pagamentos, e, portanto, o crédito tributário da COFINS apurado de forma menos onerosa cumprindo os ditames do artigo 97 do CTN no valor de R\$ 357.668,40 que estava totalmente extinto por retenções e antecipações de pagamentos, restando ainda um saldo de R\$ 3.019,68;

c) Contudo, a autoridade fiscal não lobrigou com legalidade e lançou de forma complementar mais R\$ 368.305,16 de crédito da COFINS que representa uma alíquota efetiva de 6,12% sobre o faturamento, que além de ser ilegal a elevação da alíquota, ela, também representa um confisco, abominado no sistema constitucional tributário, sendo o auto de infração nulo de pleno direito;

d) Que, com relação ao PIS os resultados são idênticos, pois, sobre o faturamento anual apurado de R\$ 11.922.280,07 a alíquota aplicada é de 0,65% resultando o crédito tributário de R\$ 77.494,82 e a autoridade fiscal também comprovou que a requerente cumpriu com sua obrigação tributária no valor de R\$ 76.822,39 referente ao PIS resultante de retenções e

antecipações de pagamentos, restando apenas a homologação das declarações prestadas e compensação de ofício de R\$ 672,43 cuja competência a autoridade fiscal tinha;

e) Que o lançamento complementar de R\$ 80.955,96 representando mais 0,67% na alíquota legal, elevando a mesma para 1,32% sobre o faturamento, como já afirmado, é ilegal e confiscatório, afrontando também o princípio da não onerosidade expresso no artigo 97 § 1º do CTN.

NO MÉRITO.

Na remota hipótese de ser provada que a tributação não é confiscatória e que o procedimento fiscal não onerou a tributação e que ele não é irregular nem ilegal, a requerente vem aduzir outras razões complementares, quais sejam:

1) A autoridade fiscal durante o procedimento de homologação das declarações prestadas sobre o exercício de 2005 não lobrigou com eficiência, legalidade e impessoalidade, infringindo os preceitos expressos nos artigos 37 e 150 I da Constituição Federal. A não eficiência foi em virtude de seu procedimento macular de obscuridade o auto de infração. O auto de infração é um lançamento de ofício ou simplesmente uma imposição de multa à declaração prestada à Receita? Trata-se de constituição de crédito tributário ou apenas de descumprimento de obrigações acessórias? Pela ementa o auto de infração refere-se apenas, a descumprimento de obrigações acessórias, ele é impositivo de multa, porém, na descrição dos fatos ele é constitutivo de crédito tributário e impositivo de multa. A ementa não condiz com a descrição dos fatos, pois, a ementa trata de infração e a descrição dos fatos trata de lançamento constitutivo e aqui, essa obscuridade também se transforma em ilegalidade;

2) Das diferenças apuradas entre o livro razão e os DACON's, apurou-se infrações a diversos dispositivos legais mencionados, transcrevendo o caput desses dispositivos, concluindo que esses dispositivos tratam de obrigação principal da constituição do crédito tributário e não de infrações supostamente cometidas nas declarações prestadas à Receita, que são definidas como obrigações acessórias. Portanto, a diferença entre o informado nos DACON's e o registrado no livro razão, por si só, não corresponde a uma infração ao dispositivo de lei, pois, uma parte da receita foi objeto de declaração dos DACON's;

3) Voltando à ilegalidade do procedimento fiscal, segundo a impugnante, em se tratando de lançamento constitutivo ele deve revestir-se das formalidades legais exigidas pelo CTN, não cumprida na análise do item V da descrição dos fatos. Como exemplo, faremos referência apenas ao procedimento da apuração da COFINS, o do PIS é análogo. A descrição dos fatos indica que a alíquota da contribuição é de 7,6% aplicada sobre a base de cálculo, apresentando um quadro contendo as seguintes informações: "fato gerador, valor tributável ou contribuição e multa", afirmando que valor tributável e

contribuição em assuntos tributários são grandezas que não se confundem, sendo que valor tributável representa a base de cálculo e contribuição é a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo. Essa obscuridade, portanto, é intransponível, anulando o auto de infração;

4) Por outro lado, a descrição dos fatos diz que o contribuinte realizou apuração incorreta da COFINS resultando em valor a pagar a menor do que o devido enquanto que, quem realizou a apuração incorreta foi a autoridade fiscal, mais precisamente de forma ilegal, que apurou o montante de R\$ 728.993,24, representando uma alíquota de 6,12%, inexistente no sistema constitucional tributário. Da mesma forma ocorreu a ilegalidade do PIS pela autoridade fiscal que apurou o montante de R\$ 157.778,33 que representa a aplicação de uma alíquota de 1,32% sobre o faturamento também inexistente no sistema constitucional tributário;

5) Que a autoridade fiscal comparou as declarações prestadas nos DACON's com os registrados no livro razão, encontrando diferenças, e, como demonstrado pela impugnante a obrigação tributária apurada por ela foi de conformidade com os parágrafos do artigo 3º da lei 10.833/2003 optando por sujeitar apenas parte de suas receitas à incidência não cumulativa da COFINS, transcrevendo os parágrafos 7 e 8 com os incisos I e II. Esta opção baseou-se no fato de que a requerente não realiza créditos sob o regime de competência, pois, os direitos decorrentes das receitas faturadas não se realizam em datas definidas, razão pela qual optou por apurar as obrigações tributárias pelo regime de caixa e não de competência;

6) Ressalta que a quase totalidade do seu faturamento é emitido com as retenções legais exigidas e essas retenções só são recolhidas após o pagamento do faturamento em questão. Se esse faturamento só é recebido posteriormente à retenção correspondente, só é recolhida, também, posteriormente, e, a obrigação tributária, evidentemente, deverá seguir essa mesma orientação. E nesse particular anexa a impugnante um extrato que indica que uma retenção efetuada sobre um faturamento do ano calendário de 2006 que só foi informada pelo substituto tributário VIVO S/A em 2009, sendo que a VIVO S/A informou na DIRF entregue em 06.03.2009 a retenção de R\$ 1.800,92 sobre um faturamento de R\$ 59.162,75 e a retenção somente ficou disponível três anos depois, em 2009;

7) Portanto, uma parte do faturamento foi ofertado à tributação como não cumulativo e outra parte como cumulativo, pois, ao se manter todo o faturamento como não cumulativo tornaria a tributação mais onerosa, infringindo o próprio dispositivo do CTN;

8) Indica demonstrativos de retenção efetuados, conforme relatórios anexados aos autos e relatório de títulos recebidos fundamentando a utilização do regime de caixa no valor de R\$ 8.683.468,35 representando R\$ 3.288.811,62 a menor do

faturamento total, e, portanto, qualquer tratamento das obrigações que não se enquadrar nesse contexto representará um confisco, requerendo o cancelamento do auto de infração da COFINS à alíquota de 6,12% e do PIS pela alíquota de 1,32%, por conter inúmeras ilegalidades, bem como a extinção dos créditos tributários envolvidos.

Sobreveio decisão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande/MS, que julgou, por unanimidade de votos, improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido encontram-se consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

A análise de inconstitucionalidade de leis não pode ser apreciada em sede administrativa, conforme normas vigentes.

REGIME DE COMPETÊNCIA.

As empresas sujeitas ao lucro real estão obrigadas a utilizar-se do regime de competência, diferentemente das empresas sujeitas ao lucro presumido e empresas do SIMPLES, que podem optar pelo regime de caixa conforme permissões legais.

REGIMES CUMULATIVO E NÃO CUMULATIVO DE PIS E COFINS.

As empresas sujeitas ao regime não cumulativo somente poderão utilizar-se do regime cumulativo de parte de suas receitas quando estas estiverem expressamente indicadas na legislação de regência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

A análise de inconstitucionalidade de leis não pode ser apreciada em sede administrativa, conforme normas vigentes.

REGIME DE COMPETÊNCIA.

As empresas sujeitas ao lucro real estão obrigadas a utilizar-se do regime de competência, diferentemente das empresas sujeitas ao lucro presumido e SIMPLES, que podem optar pelo regime de caixa conforme permissões legais.

REGIMES CUMULATIVO E NÃO CUMULATIVO DE PIS E COFINS.

As empresas sujeitas ao regime não cumulativo somente poderão utilizar-se do regime cumulativo de parte de suas receitas quando estas estiverem expressamente indicadas na legislação de regência.

Inconformada com a decisão, apresentou a recorrente, tempestivamente, o presente recurso voluntário. Na oportunidade, reiterou os argumentos colacionados em sua defesa inaugural.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A recorrente sustenta a nulidade da autuação, pois possuiria créditos do regime da não cumulatividade da Cofins e do PIS suficientes para cancelar o lançamento.

Em análise ao processo, contudo, verifica-se que o lançamento não decorre da não comprovação de créditos, mas sim de divergência entre os valores declarados no Dacon e os valores escriturados em seu Livro Razão.

Constata-se ainda que a Recorrente, em nenhuma oportunidade, apresentou documentos que comprovassem a veracidade das informações declaradas em seu Dacon.

Desta forma, não verifico vícios no procedimento adotado pela fiscalização, razão pela qual não acolho o pleito de nulidade do procedimento fiscal.

Mostra-se incorreta ainda a alegação da recorrente de que deixou o auditor fiscal de considerar os créditos auferidos com as despesas de insumos e outros dispêndios devido a natureza destes; a fiscalização acatou todos os créditos que estavam devidamente escriturados em seus livros contábeis.

A recorrente sustenta ainda o cancelamento da exigência em decorrência da aplicação do princípio constitucional do não confisco às multas fiscais

Em atenção ao argumento exposto pela recorrente, esclarece-se, inicialmente, que ao julgador administrativo, membro de órgão de julgamento vinculado ao Poder Executivo, são impostas condições que não se aplicam aos membros do Poder Judiciário, as quais limitam sua esfera de cognição.

Entre as limitações encontra-se a impossibilidade de negar validade a lei em decorrência de sua inconstitucionalidade.

Tal entendimento, inclusive, encontra-se previsto Súmula CARF nº 02, abaixo transcrita, a qual vincula todos os Conselheiros do Órgão, nos termos do art. 72 do Regimento Interno.

Processo nº 14120.000028/2009-31
Acórdão n.º **3201-001.862**

S3-C2T1
Fl. 473

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desta forma, estando a contestada multa prevista em lei tributária, a mesma deve ser aplicada quando incorridas as hipótese previstas para a sua exigência.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto - Relator