



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

Processo n° 15956.000157/2006-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-001.773 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2012
Matéria Auto de Infração
Recorrente Darelli Distr Bebidas Prod Hig Limpeza LTDA
Recorrida DRJ/Ribeirão Preto

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

Ementa:

AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

Considerando a falta de prova de impossibilidade de acesso aos documentos que compõem o auto de infração e o fato de que o lançamento foi realizado com base nas informações de documentos apresentados pela própria Recorrente, não fica configurado o cerceamento de defesa.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI N° 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO JULGADA EM REPERCUSSÃO GERAL.

Em apreciação a Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, o STF julgou inconstitucional a base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, no que amplia o significado do termo faturamento. Assim, o PIS e a COFINS tributada na forma da Lei nº 9.718/98 incide somente sobre a receita da atividade principal da empresa.

JUROS CALCULADOS PELA TAXA SELIC.

A aplicação da Taxa SELIC sobre os juros dos créditos tributários tem previsão legal no art. 61, §3º, da Lei nº 9.430/96.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DO CARF PARA SE PRONUNCIAR QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL.

O CARF não tem competência para se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade da norma legal, conforme determinação expressa da **Súmula nº 02, cuja redação é a seguinte:**

“O CARF não é competente para se pronunciar quanto a inconstitucionalidade de leis”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 1ª turma ordinária** do terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

Presidente

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Júlio César Alves Ramos, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Fernando Marques Cleto Duarte e Ângela Sartori.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração (fls. 5/8) lavrado em desfavor da Contribuinte, em 31/10/2006, fundamentado na falta/insuficiência de recolhimento e declarações a título de COFINS, no período de janeiro a dezembro de 2003, no valor de R\$ 242.823,37, além de multa de ofício de R\$182.117,48 e juros de mora R\$ 118.897,70.

A Contribuinte apresentou Impugnação (fls. 239/268), a qual foi julgada improcedente, conforme se pode inferir da ementa do acórdão prolatado pela DRJ, *in verbis*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

IMPUGNAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.

Não se toma conhecimento dos argumentos contidos em impugnação que não tenham ligação com o lançamento analisado.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Legal a aplicação da taxa do Selic para fixação dos juros moratórios para recolhimento do crédito tributário em atraso, a partir de abril de 1995.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo A autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

A Contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 10/11/2009 (fl.301) e interpôs Recurso Voluntário em 09/12/2009 (fls. 302/330) alegando em resumo o seguinte:

1. A DRJ desconsiderou todos os argumentos e deixou de apreciar o pedido, o que implica no cerceamento de defesa;
2. O relatório fiscal tem pretensão de lançar de ofício valores não passíveis de tributação e ainda fez incidir multa de ofício prevista no art. 10, parágrafo único, da

Lei Complementar nº. 70/1991 e art 44, I, Lei nº. 9.430/1996, incabível quando há apuração de tributos;

3. O auto de infração recebido não continha os documentos citados, fundamentais, que deveriam estar anexados ao mesmo, implicando em violação ao Direito Constitucional de Legalidade, Ampla Defesa e Contraditório;
4. O arbitramento da receita é medida extrema, permitida apenas quando impossível a verificação do lucro.
5. O faturamento é resultado das atividades, não simplesmente o ingresso de receitas, pois serviu de base de cálculo para apuração da COFINS;
6. A incidência da taxa Selic também não encontra respaldo jurídico e a adoção como supostos juros moratórios é ilegal e inconstitucional;
7. A multa aplicada ofende aos princípios da razoabilidade e da proibição do confisco;

Ao final, a Recorrente pede que sejam os autos encaminhados à DRJ para que aprecie o pedido em sua integralidade, além da nulidade do processo pelo cerceamento de defesa e a falta de documentos obrigatórios na lavratura do Auto de Infração. No mérito, pede que o Recurso seja julgado procedente para cancelar as exigências fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A Recorrente foi autuada por suposto recolhimento a menor da COFINS de todos os meses do ano de 2003, e em sua defesa traz a reclamação de cerceamento de defesa, sob a alegação de que não recebeu os documentos que compõem o auto de infração. Além disso, argumenta que o valor devido foi ilegalmente arbitrado; que o lançamento não poderia ser realizado com base em presunção de receita; impossibilidade de aplicação de juros calculados pela Taxa SELIC; e que a multa aplicada tem caráter confiscatório.

A Recorrente alega que a DRJ não apreciou as questões apresentadas na impugnação, em especial o argumento de cerceamento de defesa. Por esse motivo pediu o retorno dos autos para serem julgados pela DRJ.

Ao examinar o acórdão da DRJ, é notório que todos os pontos suscitados pela Impugnante, ora Recorrente, foram apreciados pela instância de piso, ainda que de modo sucinto.

Dessa forma, não cabe retorno à DRJ.

2. Do Cerceamento de defesa.

A Recorrente alega que o auto de infração recebido estava desacompanhado de documentos essenciais, citados pelo auditor-fiscal no auto de infração, o que gera o cerceamento de defesa, sendo, segundo a Recorrente, motivo de nulidade do auto de infração.

Apesar das alegações, a DRJ entendeu que não houve o cerceamento de defesa, fundamentando o seguinte:

“(...) o lançamento foi realizado com base nos livros fiscais e contábeis da contribuinte e que a planilha onde foi apurada a contribuição foi apresentada à impugnante ainda na fase de preparação do lançamento, conforme intimação de fls. 60 a 64, da qual a contribuinte foi cientificada em 10/10/2006, conforme fl. 61, e teve a oportunidade de se manifestar e, de fato, o fez, conforme documento de fls. 67 e 68.

Ademais, se a autuada, mesmo ciente do relatório anexo ao auto de infração, de fls. 6 a 8, e da planilha de apuração das diferenças mencionada acima, quisesse informar-se sobre o teor de outras peças do lançamento, bastaria ir à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de sua jurisdição e pedir vista do processo”.

Nesse ponto deve ser mantido o acórdão da DRJ pois, além da Recorrente não ter apresentado qualquer prova de que não recebeu os documentos, o lançamento foi realizado por informações prestadas por ela e com base em documentos elaborados por seus contadores.

Sendo assim, não prospera a alegação de cerceamento de defesa, suscitada pela Recorrente, de modo que há razão para declarar nulo o auto de infração.

3. Do lançamento por arbitramento e da base de cálculo

Alega a Recorrente que o lançamento foi feito irregularmente por arbitramento. Contudo, a Recorrente comete equívoco, pois, em nenhum momento, houve arbitramento de lucro. Conforme se constata do relatório constante no auto de infração, a apuração foi feita com base nos livros e demais documentos apresentados pela Recorrente.

Portanto, desconsidero o argumento da Recorrente.

No tocante à base de cálculo, o STF, em 10/09/2008, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235, com Repercussão Geral reconhecida, prolatou a seguinte decisão:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

(RE-RG-QO 585235, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, publicado em 28/11/2008,) (grifo nosso)

Um dos precedentes utilizados pelo Supremo para chegar ao julgamento do RE 585.235 e reconhecê-lo na sistemática de repercussão Geral foi o seguinte:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (RE 346084, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170) (grifos nosso)

Em suma, o STF julgou que o PIS e a COFINS tributada na forma da Lei nº 9.718/98 incide somente sobre as receitas operacionais, ou seja, aquelas oriundas de venda e de prestação de serviço, não estando incluídas, dessa forma, as receitas de bônus, créditos, desconto ou qualquer outra que não faça parte da atividade principal da empresa.

Portanto, seguindo a linha do STF, o lançamento da Recorrente deve ser recalculado, excluindo-se da base de cálculo os valores referentes receitas de bonificações, amostras grátis e doações.

4. Da multa aplicada

Alega a Recorrente que a multa aplicada é exorbitante e que fere o Princípio do Não-confisco.

A multa foi aplicada com fundamento no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Além de essa norma estar em pleno vigor, o Princípio do Não-confisco é um princípio constitucional, de modo que o afastamento da multa seria com base em inconstitucionalidade, situação não é permitida em face da falta de competência do CARF, como disposto expressamente na Súmula nº 02, *in verbis*:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

Portanto, estando a multa baseada em norma vigente, não cabe ao CARF afasta-la com base em inconstitucionalidade.

5. Da Taxa SELIC

A Recorrente alega que a Taxa SELIC não poderia ser utilizada para o cálculo dos juros.

A aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos tributários tem previsão legal no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, lei esta que está em pleno vigor, conforme já esclarecido acima.

Assim, os juros devem ser calculados a cada mês pela respectiva Taxa SELIC vigente.

Ex positis, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário interposto, para reformar a decisão da DRJ, a fim de que o montante constante no auto de infração seja recalculado, excluindo-se da base de cálculo da COFINS os valores referentes às receitas de bonificações, amostras grátis e doações.

É como voto.

Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator

CÓPIA