



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

Processo n° 16095.000706/2009-46
Recurso n° . Voluntário
Acórdão n° **3301-002.994 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de maio de 2016
Matéria COFINS DIFERENÇA ENTRE DACon, DIPJ E DCTF
Recorrente TRANSPORTADORA TEGON VALENTI SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/03/2004

INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

Súmula CARF n° 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA DE OFÍCIO.

Está correta a formalização de ofício, mediante auto de infração e com a multa de 75%, de tributo não espontaneamente confessado e não recolhido.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente.

Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Francisco José Barroso Rios, Paulo Roberto Duarte Moreira, Luiz Augusto do Couto Chagas, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário ao auto de infração de fls. 43/46 relativo à COFINS, lavrado contra a contribuinte acima citada, formalizando crédito tributário no montante de R\$ 3.426.888,18, incluídos principal, juros de mora calculados até 30/11/2009 e multa de ofício no percentual de 150%.

No TERMO DE VERIFICAÇÃO E CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES de fls. 40/42, a autoridade autuante assim contextualiza os fatos que motivaram o lançamento:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, durante o procedimento de Revisão de Declaração de Informações Econômico Fiscais das Pessoas Jurídicas (DIPJ), relativo ao ano-calendário 2004, exercício 2005, foram constatadas as seguintes irregularidades:

Matéria Tributável - COFINS:

1) Dos Fatos Por meio do Termo de Intimação Fiscal, lavrado em 01/12/2008, do qual o contribuinte tomo ciência em 02/12/2008, solicitou-se esclarecimentos acerca dos valores informados em DIPJ, ano calendário 2004, exercício 2005, referentes a COFINS, os quais estavam em montantes superiores aos informados em DCTF.

Tendo o contribuinte apresentado o Livro Razão, e tendo sido feitas as pesquisas nos sistemas da RFB, verificou-se que a empresa apresentou, inicialmente, em 14/05/2004, para o 1º trimestre/2004, a DCTF com recibo nº 01. 65.87. 85.15-85, apontando os valores dos débitos apurados corretamente; valores estes declarados também na DIPJ e na DACON.

Porém, em 04/06/2006, o contribuinte apresentou uma DCTF Retificadora, com recibo nº 37.52.56.92.23-7, zerando os débitos apurados para a COFINS do 1º trimestre/2004.

Verificou-se, também, que não houve recolhimento destes valores.

Diante dos fatos foi elaborada o Demonstrativo de Apuração - COFINS, em anexo ao presente Termo.

Com base no presente Demonstrativo, observa-se que houve falta de declaração/recolhimento da COFINS, nos meses de janeiro a março de 2004 (...)

Dispõem sobre esta matéria os seguintes dispositivos:

Artigos 21 inciso II, e parágrafo único; 3º; 10; 51; 74 e 82, inciso I; do Decreto nº 4. 5 24/2002.

Artigos 1º; 2º; 5º e 11, da Lei nº 10.833/2003.

(...)

3) DA MULTA QUALIFICADA

A multa foi qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, inciso I, parágrafo 1 da Lei nº 9.430/1996, com nova redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007, conforme abaixo: (...)

4) CONCLUSÃO

*Pelo exposto, estamos nesta data cobrando a COFINS devida, em virtude dos fatos anteriormente apresentados, conforme Demonstrativo de Falta de Declaração/Recolhimento em anexo.
(...)*

Cientificada da autuação em 05/01/2010 (fl. 48), a autuada protocolou a impugnação em 03/02/2010 (fls. 50/79), e documentação nas folhas seguintes, alegando em síntese e fundamentalmente que:

- Da inconstitucionalidade da incidência da COFINS sobre valores que não correspondem à receita oriunda da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Importa registrar, de início, que a empresa, no período de janeiro de 2004, auferiu, além de receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, também de receitas financeiras, que são contabilmente classificadas como receitas não operacionais:

de acordo com a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe relação jurídica alguma que dê suporte à incidência da COFINS sobre as receitas financeiras auferidos pela empresa, uma vez que se revela inconstitucional a norma construída a partir da interpretação do art. 31 parágrafo 1º, da Lei nº 9. 718/1998. (..)

- A inconstitucionalidade do art. 3º parágrafo I ", da Lei nº 9. 718/1998. (..)

(..) Tal alteração modificou significativamente o regime legal tributário até então dispensado à contribuição à COFINS pela Lei Complementar 70/1991.

Instituição de nova fonte de custeio em violação ao art. 195, da Constituição Federal (redação original, anterior à EC nº20/1998).

(..) Além de flagrante inconstitucionalidade, a Lei nº 9.718/1998 incorreu também em ilegalidade, por conta do desrespeito ao art. 100, do CTN, conforme o qual "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal (..) para definir ou limitar competências tributárias -Instituição de nova fonte de custeio sem edição de lei complementar - violação ao art. 195, parágrafo 4 "c/c art. I 5 4, I, da Constituição Federal.
(...)

(..) Assim sendo, não obedecido o preceito constitucional e sendo exigida a contribuição à COFINS com base em veículo normativo ordinário, não se pode admitir a validade da norma em comento, bem como a cobrança em tela. (...)

- Da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/1998 pelo Supremo Tribunal Federal. (..)

Após anos de discussão na esfera judicial acerca do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/1998, o STF proferiu recentemente decisões nos recursos extraordinários 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840 declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo e afastando sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio (...)

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, além de direcionar as instâncias primárias, torna novamente aplicáveis as regras anteriores acerca da matéria.

- DO DIREITO

- Da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS:

O auto de infração não pode lograr êxito, uma vez que foram inconstitucionalmente incluídos na base de cálculo da COFINS lançado os valores percebidos pela empresa que se classificam como recuperação de ICMS decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços que não podem ser confundidos com faturamento ou receita bruta da empresa, o que fulmina a liquidez e certeza do débito lançado. (..)

Ora, como bem decidiu o Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, em decisão de lavra do Eminentíssimo julgador e jurista Leandro Paulsen “nem tudo o que contabilmente é considerado receita pode sê-lo para fins de tributação. Isso porque a receita, na forma concessiva de competência tributária, denota uma revelação de riqueza. É preciso considerar a receita sob a perspectiva do princípio da capacidade contributiva (..)

Pelo exposto, resta clara a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS referente às vendas de mercadorias e aos serviços prestados pela empresa na base de cálculo da COFINS, o que macula o Auto de Infração ora impugnado, tendo em vista que, na apuração dos valores cobrados, foram incluídos na base de cálculo da COFINS os valores relativos ao ICMS.

Tal fato se dá em razão da inexistência de legislação que preveja a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, de modo que, enquanto não houver um pronunciamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal, a contribuinte não pode agir de forma diversa.

- INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA EM FACE DO EQUÍVOCO NO PREENCHIMENTO DA DCTF RETIFICADORA

- Ausência de dolo. Crédito tributário efetivamente declarado. (..)

A penalidade imposta, todavia, não encontra amparo legal, porquanto a conduta do contribuinte não se amolda à conduta típica que autorizaria a aplicação da sanção

em questão, uma vez que a multa agravada prevista no art. 44, I, parágrafo 01 °, aplicável às condutas tipificadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, reclama para a sua incidência o agir DOLOSO do contribuinte, que não se configura presente na situação fática que originou a lavratura do AI ora impugnado. (...)

A contribuinte se viu na necessidade de retificar a DCTF original (..), em razão de que os códigos da Receita dos DARF que quitariam alguns débitos de PIS, informados na DCTF original (...) não correspondiam aos Códigos de Receita efetivamente constantes dos DARF pagos. (..)

Na DCTF original constava que os débitos de PIS haviam sido quitados pelos pagamentos dos DARF com Códigos da Receita de nº 5979, quando, na verdade, os DARF que quitaram os referidos débitos possuíam os Códigos da Receita nº 5952. ()

No entanto, quando do manuseio do sistema que emite as DCTF da empresa, equivocadamente foram zerados os valores dos créditos tributários de COFINS efetivamente devidos pela empresa - competências de janeiro, fevereiro e março de 2004. (..)

Ora, fosse a intenção da Recorrente sonegar tributos não estaria ela a declarar regularmente os seus tributos, como o fez inclusive com a COFINS do 1º Trimestre/2004.

Assim, (...) não decorreu de conduta dolosa ou de agir livre e consciente do contribuinte destinado a sonegar ou fraudar tributo.

- AUSÊNCIA DE DOLO QUE FUNDAMENTE A CARACTERIZAÇÃO DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE - INAPLICABILIDADE DO ART 44. I, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 9.430/1996 (...)

A par de não ter sido produzida qualquer prova do dolo, o que por si só nulifica e afasta a penalidade aplicada, os elementos constantes do Termo de Verificação lavrado pela fiscalização permitem concluir que o dolo referido nos dispositivos da Lei nº 4.502/1964 não está presente na conduta da empresa, não havendo razão para ser caracterizado seu ato como sonegação ou fraude perante a Fazenda Pública. (...)

Aliás, sequer de sonegação se poderia falar, uma vez que a despeito do equívoco involuntária cometido na DCTF Retificadora, o tributo em questão restou declarado ao fisco na DIPJ e na DICON. Ora, não é razoável supor que se o agir da Recorrente fosse doloso teria ela deixado de modificar os valores declarados via DIPJ e DICON!

- INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA EM FACE DA INDISCUTÍVEL IMPOSSIBILIDADE DE OCULTAR O CREDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO (...)

Tal equívoco involuntário, todavia, consoante já se demonstrou, não produziu situação que possa ser equiparada ao ato de não declarar o tributo que restou zerado (...)

Dessa forma, é imperiosa a desconstituição do auto de infração aqui impugnado, na medida em que o agir da recorrente, culposo é verdade, não se enquadra em nenhuma das hipóteses que autorizariam a aplicação da penalidade isolada prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, com redação que lhe deu a Lei nº 11.488/2007.

Ao final, a contribuinte pediu que fosse recebida a impugnação e declarado nulo o auto de infração pelos fundamentos de fato e de direito acima expostos.

A DRJ/Campinas/SP considerou procedente em parte a impugnação com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/03/2004

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA.

O controle da constitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que fundamenta o lançamento. O julgamento administrativo é atividade que se limita a examinar a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

MULTA QUALIFICADA. CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DA AUTORIDADE LANÇADORA.

Incabível o lançamento de multa qualificada sem a demonstração das condutas típicas previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO E CONFISSÃO. MULTA DE OFÍCIO.

Correta a formalização de ofício, mediante auto de infração e com a penalidade específica de 75%, de tributo não espontaneamente confessado e não recolhido.

Impugnação Procedente em Parte

A contribuinte apresentou recurso voluntário onde repisa os argumentos da impugnação, com exceção do agravamento da multa, que já havia sido exonerado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

Trata-se de auto de infração de Cofins de incidência cumulativa em janeiro de 2004 e de incidência não-cumulativa em fevereiro e março de 2004, lavrado por insuficiência de recolhimento.

Tendo o contribuinte apresentado o Livro Razão, e tendo sido feitas as pesquisas nos sistemas da RFB, verificou-se que a empresa apresentou, inicialmente, em 14/05/2004, para o 1º trimestre/2004, a DDCTF com recibo nº 01.65.87.85.15-85, apontando os valores dos débitos apurados, corretamente; valores estes declarados, também, na DIPJ e na DACON.

Porém, em 04/05/2006, o contribuinte apresentou uma DCTF Retificadora, com recibo nº 37.52.56.92.23-7, zerando os débitos apurados para a Cofins do 1º trimestre/2004.

No recurso voluntário, a recorrente, diz que não baseou sua impugnação em inconstitucionalidade das normas, mas que tais inconsistências foram apontadas apenas a título de fundamento com a exclusiva finalidade de desconstituição do presente Auto de Infração.

Entretanto, posteriormente, alega literalmente no recurso voluntário:

Sem prejuízo do acima exposto, bem como sem minudenciar a questão da viabilidade dos tribunais administrativos exercerem controle de constitucionalidade - na medida em que não é o objeto do caso em tela, como acima já referido - vale apenas referir que a observância dos ditames (explícitos ou implícitos) oriundos da Lei Maior, não vale só para o Poder Judiciário.

Em outras palavras, o resguardo dos mandamentos constitucionais cabe também ao Poder Executivo, que, em razão de suas atribuições precípua, possui sim o dever de impedir sua violação, especialmente afastando a prática de quaisquer atos administrativos que ensejem transgressão a Constituição Federal.

Portanto, a meu ver, as alegações da contribuinte se baseiam na inconstitucionalidade das normas que embasaram a autuação, e no fato de ter erroneamente excluído valores da DCTF retificadora, e que constavam da DIPJ, do DACON e do livro Razão e na improcedência da aplicação da multa de ofício.

1) Inconstitucionalidade:

Apesar de dizer que não está repetindo os fundamentos para anulação do auto de infração, apresentados na impugnação, entendo que, no recurso voluntário é reiterada a arguição de que vários dos fundamentos do auto de infração não se sustentariam por se chocarem contra dispositivos legais hierarquicamente superiores. Cito, apenas a título exemplificativo, a alegação da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, da inconstitucionalidade da incidência da COFINS sobre valores que não correspondem à receita oriunda da venda de mercadorias e da prestação de serviços, da inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9. 718/1998, dentre outras alegações.

Não cabe a esta esfera administrativa julgadora pronunciar-se a respeito de inconstitucionalidade de dispositivos legais ou ilegalidades de atos normativos. Tal apreciação compete ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, as argumentações fundadas na inconstitucionalidade e na ilegalidade de dispositivos normativos não poderão prosperar nesta esfera administrativa. O acórdão recorrido detalha as alegações da recorrente.

A matéria é sumulada pelo CARF:

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

2) O Débito Lançado e a Multa de Ofício:

O acórdão recorrido traz a razão para a manutenção do débito lançado:

(...)

Cabe ressaltar que o alegado erro da contribuinte, mesmo que tenha sido involuntário, produziu efeitos, entre eles: o de tributo não espontaneamente confessado, e o de tributo não recolhido. Sendo assim, a infração à legislação tributária vigente restou constatada, como resultado da ação fiscal levada a efeito.

De se observar que, não fosse a presente ação fiscal, que se consumou no presente auto de infração, as faltas constatadas, tanto de não declaração dos débitos, quanto dos não recolhimentos correspondentes não teriam sido identificadas.

Mais ainda, é dizer que, em que pese a alegação da contribuinte de que os valores erroneamente excluídos na DCTF retificadora, constassem da DIPJ e do DACON, e por isso, estivesse ela impossibilitada de ocultar os valores que seriam devidos de COFINS nos meses de janeiro a março do ano-calendário 2004, este fato não tem o condão de transformar algo que seria devido em confessado e constituído, o que só se materializa com a declaração em DCTF.

Neste mesmo entendimento, a impossibilidade de ocultação de débitos, não tomam estes valores débitos, a não ser que os tenha confessado como dívidas com a Fazenda Pública, e, na mesma esteira, os tenha quitado.

Assim, a consequência da inércia da contribuinte em sanar o suposto erro, já descrito, antes da ação fiscal - quando espontaneamente poderia fazê-lo, correspondeu exatamente ao que foi constatado pela fiscalização: falta de confissão de débitos existentes de COFINS, e falta de seus respectivos pagamentos.

Portanto, não tem razão a contribuinte em alegar que não incorreu na hipótese prevista no art. 44, inciso I.

Observa-se que em nenhum momento do contencioso administrativo a recorrente carrou qualquer prova aos autos que pudesse desconstituir o lançamento.

Alega que: "(...) a ausência de pagamento do tributo - que associado ao zeramento poderia sugerir indício de agir fraudulento - não constitui elemento que indicie a sonegação, porquanto não é fato isolado e restrito à competência aqui em exame."

Tenho me manifestado que, mesmo quando há retificação de declarações extemporâneas, é possível, em homenagem ao princípio da verdade material, aceitar a retificação quando a recorrente acosta aos autos provas que comprovem as informações retificadas.

Entretanto, esse entendimento não pode ser aplicado ao caso concreto.

Esse auto de infração se origina do fato da contribuinte fazer uma DCTF original em que os valores estavam corretos e coincidentes com a DIPJ e Dacon. Posteriormente, a contribuinte retificou sua DCTF, excluiu os débitos de Cofins de janeiro a março de 2014, e não recolheu os tributos devidos.

Para justificar seu ato, alega uma série de inconstitucionalidades das normas que regem a tributação pela Cofins. Posteriormente, alega que se equivocou e retificou por engano a DCTF.

Caso fosse um equívoco de preenchimento, como alegou a recorrente, ela deveria ter recolhido os tributos sobre as bases que entendesse serem corretas. Isso não ocorreu.

Entendo que, nesse caso, se não tivéssemos uma fiscalização proativa, o direito de lançar estaria decaído e o débito não seria nem pago e nem lançado de ofício.

Portanto, em relação ao cerne da controvérsia, não assiste razão à recorrente.

Em relação à multa de ofício, não há previsão legal para sua exoneração, no caso de auto de infração lavrado por inadimplemento de tributos.

Diante de todo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Processo nº 16095.000706/2009-46
Acórdão n.º **3301-002.994**

S3-C3T1
Fl. 1.411

Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator

(ASSINADO DIGITALMENTE)

LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS

CÓPIA