



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

Processo n° 18471.000872/2004-29
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° **3301-01.338 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de fevereiro de 2012
Matéria COFINS - AI
Recorrente ARETÉ EDITORIALS/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/03/2004

DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE.

Não provada violação das disposições contidas nas normas reguladoras do processo administrativo fiscal, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida.

DECISÃO RECORRIDA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

O indeferimento de pedido de perícia oposto à autoridade julgadora de primeira instância não configura cerceamento de defesa.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Súmula CARF n° 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/03/2004

DIFERENÇAS APURADAS. COMPENSAÇÕES INDEVIDAS

As diferenças apuradas entre os valores da Cofins declarada e os efetivamente devidos, calculados com base na escrita contábil do contribuinte estão sujeitas a lançamento de ofício.

BASE DE CÁLCULO. VALORES TRANSFERIDOS PARA OUTRA PESSOA JURÍDICA. EXCLUSÃO.

Demonstrado nos autos a exclusão de valores a título de despesas incorrida com comissões e distribuição da base de cálculo da contribuição, a questão de mérito suscitada quanto à exclusão de valores computados como receitas e transferidos para outras pessoas jurídicas ficou prejudicada.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, indeferir o pedido de perícia e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente)

Rodrigo da Costa Possas - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taqueira e Silva, Andréa Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Possas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ Rio de Janeiro II que julgou procedente em parte o lançamento da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social referente aos fatos geradores ocorridos nos períodos de competência de janeiro de 1999 a março de 2004.

O lançamento decorreu de diferenças apuradas entre os valores declarados nas respectivas DCTFs e os efetivamente devidos, apurados com base nas escritas contábil e fiscal da recorrente, conforme consta da descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 140 e do Relatório Fiscal às fls. 136/138.

Cientificada do lançamento, a recorrente impugnou-o (fls. 174/206), alegando razões que foram assim resumidas por aquela DRJ:

“1) Desde logo, requer Perícia com vistas a indicação dos nomes da receita cuja exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS foi glosada, com os respectivos valores, indicando desde já seu perito e os quesitos do sujeito passivo;

2) Quanto ao mérito, é princípio de hermenêutica, de que quando a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. Ora, a fiscalização, indicando como base de seu entendimento o Ato Declaratório nº 056, 20/07/2000, considerou que a possibilidade de exclusão prevista no inciso III, § 2º, art. 3º da Lei nº 9.718/98 nunca produziu efeitos, pois dependeria de regulamentação, que não ocorreu;

3) Tal entendimento não pode prosperar, pois a regra de exclusão era autoaplicável, tanto que acabou sendo revogada, se era - como quer a Receita Federal - inócua - não produziria efeito e, portanto, não precisava ser revogada;

4) Deve se atentar, ainda, para o fato de que a expressão ‘observadas normas regulamentares expedidas pelo Poder Executivo’ está no presente, vale dizer, observadas as normas que estavam em vigor naquele momento;

5) Não tem base legal a interpretação da fiscalização de que, mesmo no período de vigência do dispositivo legal supracitado, não poderiam suas disposições terem sido aplicadas pela ora impugnante;

6) Legítima, pois, foram as exclusões da base de cálculo da COFINS realizadas pela impugnante com fulcro no mencionado dispositivo legal, até 10/09/2000 (90 dias após a publicação da MP 1991-18), dos valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, em razão do quê os valores apontados na autuação hão de sofrer drástica redução, não podendo prosperar a autuação em sentido diverso;

7) Vale ainda analisar o que são 'receitas transferidas para outras pessoas jurídicas', que devem ser excluídas da base de cálculo do PIS e a COFINS, pois tais importâncias seriam aquelas que, embora recebidas por um contribuinte, na prática seriam pagas a outro;

8) Tal interpretação se adequa, ao ver da ora impugnante, aos princípios constitucionais da capacidade contributiva (§1º, do art. 145, CF) e da equidade (inciso III, do parágrafo único do art. 194). Afinal, em se tratando de valores de terceiros, não há manifestação de riqueza que possa ensejar a tributação;

9) E é exatamente nesse ponto que reside a diferença entre ingresso e receita. Ingresso é toda entrada de caixa registrada pela empresa. Receita é somente aquele ingresso que agrega patrimônio;

10) Não pode a ora Suplicante deixar de indicar que diversos dispositivos legais e constitucionais serão infringidos, a prevalecer o auto de infração ora impugnado e, portanto, se não for permitida a exclusão - da base de cálculo do PIS/COFINS - das receitas transferidas a terceiros, como é o caso das receitas de venda dos jornais que cabem aos distribuidores e capatazes;

11) A interessada, em 12 de outubro de 1997, celebrou com a S/A Estado de São Paulo (mais conhecida como Estadão), contrato de prestação de serviços através do qual o Estadão assumiu o compromisso de efetuar - por conta e ordem da empresa-autuada - a distribuição, transporte, recolhimento do encalhe e cobrança dos exemplares do jornal LANCE, editados pela empresa autuada (cláusula segunda, item 'c'); bem como a cobrança bancária dos exemplares efetivamente vendidos (item 'd' da mesma cláusula), tudo como se verifica da cópia do contrato em anexo;

12) O contrato de prestação de serviços celebrado entre a empresa-autuada e o Estadão pode ser definido - de acordo com o Novo Código Civil - como contrato de agência e distribuição;

13) No caso específico, a ora Suplicante registra, erradamente, em sua contabilidade, o total do preço dos jornais vendidos, apesar de não distribuir nem vender tais jornais diretamente, tendo contrato assinado com o Estadão;

14) Como o Estadão distribui os jornais editados pela empresa-autuada 'por conta e ordem' desta última, o Estadão reconhece, como seu próprio faturamento, a receita decorrente desse serviço de distribuição prestados à empresa-autuada, repassando-lhe o valor líquido do qual foi também reduzido pelos jornaleiros a sua parte;

15) A autuada, portanto, só recebe o valor líquido das vendas dos jornais, já ~~descontado a parte dos jornaleiros e o valor dos serviços prestados pela~~

distribuição e cobrança dos jornais, e só deveria registrar em sua contabilidade o produto da venda, que é a parte líquida, porém, registrando equivocadamente contabilmente todo o produto da venda dos jornais;

16) Partindo da premissa inafastável de que o erro na escrita contábil não é fato gerador de tributo, e que a legislação do COFINS é clara ao estabelecer que a sua base de cálculo independe de qualquer classificação contábil, força é convir que o fato da empresa autuada vir registrando como receita de venda dos jornais, não apenas o valor efetivamente recebido do Estadão, mas também aquela parcela da receita bruta que é receita dos jornalistas, não pode gerar a cobrança da COFINS sobre o valor total dos jornais;

17) Finalmente, há que ser reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança de COFINS sobre a venda de jornais, em virtude da imunidade tributária garantida pelo art. 150, VI, 'd' da Constituição Federal. E, nesse sentido, tal entendimento foi firmado em caso análogo pelo Tribunal Regional Federal da 5.ª Região;

18) A Lei nº 10.865, de 30/04/2004, em seu artigo 31, deu nova redação (dentre outros artigos) ao art.10 da Lei nº 10.833/2003, com isto mantendo no regime anterior da COFINS (COFINS cumulativa) 'as receitas decorrentes de venda de jornais e periódicos e de prestação de serviços das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens';

19) Logo é inaplicável a alíquota de 7,6% (do regime não cumulativo) no período de 02/2004 e 03/2004, como constou do auto de infração, porquanto mesmo nestes meses a alíquota haveria de ser a de 3%, segundo a legislação antes vigente, isto se devida fosse a COFINS, o que se admitindo tão somente a título de argumentação."

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou o lançamento procedente em parte, exonerando a parte do crédito tributário correspondente às competências de janeiro a junho de 1999, em face da decadência quinquenal, conforme acórdão nº 13-27.542, datado de 04/12/2009, às fls. 346/356, sob as seguintes ementas:

“DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Após a publicação da Súmula Vinculante STF nº 8, que declarou inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, pacificou-se o entendimento de ser quinquenal o prazo decadencial para constituição das contribuições sociais.

“PEDIDO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.

REPASSE DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO.

Incabível a exclusão da base de cálculo da contribuição ao PIS/Cofins das receitas repassadas a outras empresas, por falta de regulamentação do inciso que permitiu tal exclusão e sua posterior revogação.

INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legal ou infra-legal, legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.”

Cientificada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 362/369), requerendo, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida, pelo fato de a autoridade julgadora ter indeferido seu pedido de perícia; e, no mérito, o cancelamento do lançamento sob as alegações de que: i) ocorreu a prescrição intercorrente pela paralisação do feito por mais de cinco anos, conforme previsto, por exemplo, no §4º, do art. 40 da Lei nº 6.830/38; ii) goza de imunidade tributária nos termos do inciso VI do art. 150 da CF/1988, por ser empresa jornalística; e, iii) as receitas tributadas correspondem a valores que foram computados em seu faturamento e transferidos para terceiros e, portanto, não compõem a base de cálculo da Cofins nos termos do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, durante sua vigência, por se auto aplicável, não necessitando de regulamentação pelo Poder Executivo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

A suscitada preliminar de nulidade da decisão recorrida sob o fundamento de indeferimento do pedido de perícia não tem amparo legal.

O Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, art. 59, inciso II, assim dispõe quanto à nulidade de decisões:

Art. 59 - São nulos:

(...);

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

No presente caso, a decisão recorrida foi proferida pela 5ª Turma de Julgamento da DRJ Rio de Janeiro II, colegiado competente para apreciar a impugnação interposta e julgar a procedência ou não do lançamento, nos termos do art. 25, I, desse Decreto.

Já o indeferimento do pedido de perícia, ao contrário do entendimento da recorrente, não caracterizou cerceamento de seu direito de defesa.

O art. 18 do referido decreto assim dispõe em relação à perícia:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.”

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.”

Conforme fundamentado na decisão recorrida, a autoridade julgadora de primeira instância considerou desnecessária a perícia solicitada pela recorrente para deslinde do litígio em discussão. Ainda, segundo, aquela decisão “*a realização de perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos*”.

A origem, as rubricas contábeis e os respectivos valores das receitas utilizadas como base de cálculo pelo autuante estão demonstrados nos autos, mais especificamente, no anexo 1, balancete contábeis às fls. 06/111, no anexo 2, faturamento mês a mês e rubricas às fls. 113/117, e no anexo 3, demonstrativo da situação fiscal apurada às fls. 118/123.

Dessa forma, não há que se cogitar da nulidade da decisão recorrida em face do indeferimento do pedido de perícia.

No mérito, as questões se restringem: i) à prescrição intercorrente; ii) imunidade tributária; e, iii) exclusão da base de cálculo da Cofins de valores que computados como receitas tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas.

i) prescrição intercorrente

Trata-se de matéria já sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) por meio da sumula nº 11 que assim dispõe:

“Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.”

Assim, em relação a esta matéria deve ser aplicada esta sumula.

ii) imunidade tributária

Ao contrário do entendimento da recorrente, a imunidade tributária prevista na CF/1988, art. 150, VI, não se aplica às contribuições sociais, como no presente caso, mas tão somente aos impostos, assim dispondo:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...);

VI - instituir impostos sobre:

(...).

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

(...).”

A exigência e a isenção, de fato imunidade, de contribuição social está prevista na própria Constituição Federal art. 195 que assim estabelece:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...).

b) a receita ou o faturamento;

(...).

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, 'b'.

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

(...).”

Como a recorrente não se enquadra no §7º, citado e transcrito acima, suas receitas de vendas de mercadorias e de prestação de serviços estão sujeitas à Cofins nos termos da legislação tributária vigente.

iii) exclusão de valores da base de cálculo

A recorrente defende a exclusão dos valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, nos termos do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, sob o argumento de este dispositivo era auto aplicável, ou seja, não necessitava de regulamentação para entrar em vigor.

A Lei nº 9.718, de 1998, assim dispunha quanto às exclusões da base de cálculo da Cofins:

“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...).

§2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

(...);

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo; (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

(...).”

Conforme notação no inciso III, citado e transcrito acima, aquele foi revogado antes de sua regulamentação pelo Poder Executivo, vigendo somente até 22 de novembro de 2001.

Em seu recurso voluntário, a recorrente não identificou a natureza contábil nem os números dos valores que foram computados em sua receita operacional bruta e que foram transferidos para outras pessoas jurídicas, dando a entender que todas a contribuição exigida foi apurada sobre tais valores.

Contudo, esse entendimento é equivocado. Conforme provam os balancetes contábeis às fls. 15/111, as planilhas, às fls. 113/117, denominadas “Faturamento – Areté Editorial S/A, e, às fls. 118/123, denominadas “Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada”, as diferenças lançadas e exigidas decorrem de declaração e/ ou pagamentos a menor da contribuição em relação ao valor efetivamente devido.

Ainda que se admitisse a auto aplicabilidade do inciso III do §2º, do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, este vigeu somente até 22 de novembro de 2001, quando foi então revogado pela MP nº 2.158-35, de 24/08/2001.

Considerando que o lançamento mantido pela autoridade julgadora de primeira instância abrange as competências de julho de 1999 a março de 2004, e que a recorrente apresentou como razão de mérito apenas a exclusão de valores da base de cálculo da Cofins, nos termos do referido inciso III, as diferenças apuradas sobre os fatos geradores ocorridos a partir de novembro de 2001 até março de 2004 tornaram certas e líquidas e passíveis de exigência imediata, porque neste período aquele dispositivo não estava mais vigendo.

Quanto às diferenças correspondentes aos fatos geradores de julho de 1999 a de outubro de 2001, embora a recorrente não tenha identificado a natureza (rubricas contábeis) nem informados os valores totais mensais que teriam sido transferidos para outras pessoas jurídicas, o autuante excluiu de todas as bases de cálculo, inclusive daquelas ocorridas depois da revogação do referido inciso III, os valores contabilizados sobre as rubricas “Comissões sobre Vendas” e “Distribuições de Jornais”. Nas planilhas, denominadas “Faturamento – Areté Editorial/SA”, às 113/117, nas quais o autuante apurou as bases de cálculo mensais da Cofins, os valores contabilizados como despesas nos respectivos balancetes mensais foram somados sob a rubrica “COMISSÃO DIST. LUCRO) e deduzidos da receita bruta da recorrente.

A título ilustrativo, cabe ressaltar que na competência de julho de 1999, primeira competência do lançamento mantido pela DRJ, a receita bruta apurada com base no balancete do mês foi de R\$1.611.648,75 e a exclusão de valores a título de “Comissões de Vendas” e “Distribuição de Jornal” que teriam sido transferidos para terceiros foi de R\$540.796,66, correspondentes a 33,56 % da receita bruta (fls. 114). Já na última competência de vigência do inciso III do § 2º, do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, novembro de 2001, a receita bruta foi de R\$3.899.479,78 e a exclusão dos referidos valores foi de R\$1.335.288,74, correspondentes a 34,24 % da receita total.

Dessa forma, a questão de mérito quanto à exclusão dos valores que foram computados como receitas e transferidos para outras pessoas jurídicas da base de cálculo da contribuição, bem como a auto aplicabilidade do inciso III do § 2º, do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, ficou prejudicada, tendo em vista que na apuração do crédito tributário lançado e exigido o autuante deduziu os valores reclamados pela recorrente, quicá em montantes superiores àqueles defendidos por ela.

Processo nº 18471.000872/2004-29
Acórdão n.º **3301-01.338**

S3-C3T1
Fl. 408

Em face de todo o exposto e de tudo o mais que consta dos autos, rejeito a suscitada preliminar de nulidade da decisão recorrida, indefiro o pedido de perícia e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

CÓPIA