



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

Processo nº 18471.001941/2004-11
Recurso nº 140.773 Voluntário
Acórdão nº 3302.00.020 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de julho de 2009
Matéria COFINS
Recorrente Rodoviário Lider Ltda
Recorrida DRJ - Rio de Janeiro II/RJ

ASSUNTO: COFINS

Ano-calendário: 2002

COFINS NÃO CUMULATIVO - CONSTATAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME - UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO

O crédito decorrente do sistema não cumulativo da COFINS pode ser utilizado extemporaneamente e deve ser considerado quando a fiscalização, de ofício, refizer a escrita contábil do contribuinte, do cumulativo para o não cumulativo.

MULTA - NÃO PAGAMENTO - 75%

A multa revogada pela Lei nº 11.488/2007 - que alterou o artigo 44 da Lei nº 9.430/96 - refere-se à infração de recolhimento do principal sem acréscimo de multa moratória, ou seja, o contribuinte que recolher apenas o principal, fora do prazo, estará sujeito à multa moratória e não a multa punitiva de 75%. No caso, o contribuinte deixou de recolher tributo, constituindo infração punida com multa de 75%.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª câmara / 2ª turma ordinária do terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para ser considerado no cálculo da COFINS devida, os valores dos créditos decorrentes dos insumos utilizados nos contratos mantidos na não cumulatividade.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Gileno Gurjão Barreto e Alexandre Gomes.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para o fim de exigir valores devidos em razão do enquadramento da Recorrente no sistema da não cumulatividade da Cofins. Reporto-me ao relatório realizado pelo julgador de primeira instância administrativa por refletir com exatidão os fatos ocorridos nos autos:

“Contra a empresa qualificada em epígrafe foi lavrado auto de infração de fls. 61/66 em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins no período de 01/02/2004 a 31/05/2004, exigindo-se-lhe contribuição de R\$364.193,00, multa de ofício de R\$273.144,74 e juros de mora de R\$30.608,48, perfazendo o total de R\$667.946,22.

No Termo de Verificação Fiscal de fls.58/60, o AFRF autuante esclarece que:

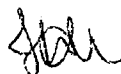
1. No curso do exame das verificações obrigatórias de recolhimentos dos impostos e contribuições da sociedade, foi apurada a indevida exclusão de receitas da base de cálculo da COFINS não cumulativa, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2004;

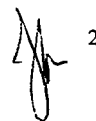
2. Os valores excluídos encontram-se especificados nas planilhas Base de Cálculo Faturamento (fls. 51/56), corroborado pelos DACON, referentes ao 1º e 2º trimestres de 2004, apresentados pela fiscalizada (fls. 21/50);

3. O contribuinte segregou as importâncias acima e submeteu a alíquota diferenciada de 3% como se do regime cumulativo fossem, portanto, adotando simultaneamente os dois regimes (cumulativo e não cumulativo), efetuando os recolhimentos em códigos distintos consonante com as DCTF regularmente entregues;

4. Indagado a informar o fundamento legal em que se baseou para a adoção do procedimento (fls.17) não ofereceu resposta, de sorte que, neste caso, não se consegue vislumbrar na Lei nº 10.833/2003, nenhum dispositivo que ampare a pretensão da empresa;

5. Por esse motivo, os valores foram reincorporados à receita bruta para incidência da alíquota de 7,6% prevista para o regime não cumulativo, após o aproveitamento dos créditos e



 2

dos ajustes informados nos Demonstrativos de Apuração – DACON, resultando em insuficiência de recolhimentos em todos os períodos referenciados, conforme explicitado na planilha de Apuração da COFINS – não cumulativo (fls. 60), tendo sido levadas à tributação as diferenças encontradas, conforme auto de infração lavrado nesta data;

6. No montante da receita bruta foram também incluídas as receitas provenientes da rubrica Outras Receitas, especificadas nas planilhas Base de Cálculo Faturamento, retromencionadas relativas aos meses de fevereiro a maio de 2004, para fins da exigência tributária em tela;

7. Embora o sujeito passivo detenha liminar em Mandado de Segurança – processo judicial nº 99.0021662-8, em curso na 16ª Vara Federal no Rio de Janeiro, no sentido de afastar os efeitos da Lei 9.718/98, ocorreu a superveniência de um fato novo, ou seja, verificou-se radical mudança na forma de cálculo da contribuição;

8. O regime que até então era cumulativo, com a nova disciplina trazida com a Lei nº 10.833/03, passou a ser não cumulativo, conseqüentemente, o fato de a pessoa jurídica fiscalizada enquadrar-se neste último, teria que, novamente recorrer ao Judiciário e pleitear que os efeitos da medida liminar concedida com fundamento na lei anterior, fossem estendidos para a Lei atual, como forma de convalidar o remédio legal para a nova relação jurídica vigente;

9. A ausência desse requisito deu ensejo a que os valores informados nos documentos de fls. 51/56, fossem reclassificados para a devida tributação pelo regime da não cumulatividade, recompondo-se os valores da receita bruta operacional (fls. 60), conforme já mencionado.

O enquadramento legal encontra-se a fls. 62.

Cientificada em 02/12/2004, a interessada apresentou em 29/12/2004 a impugnação de fls. 68/86, na qual alegou:

1. o sr. Agente Fiscal deu a entender que o fato da suposta adoção de dois regimes, qual seja o não-cumulativo e o cumulativo, pela autuada seria procedimento irregular, o que teria incorrido na presente autuação;

2. O artigo 195, § 12, da CF, após a EC 42/03, traz que a não-cumulatividade somente beneficiaria as pessoas jurídicas definidas por setores de atividade econômica eleitas pelo legislador infraconstitucional. Observa-se que a Lei nº 10.833/03, de fato, não definiu quais seriam estes setores econômicos, ao revés, incluiu as pessoas jurídicas (por atividade) e receitas;

3. Conseqüentemente, a legislação infraconstitucional acabou permitindo, para uma mesma pessoa jurídica, a dualidade de sistemas;



4. O autuado possui como atividade principal o transporte rodoviário de cargas em geral. Assim sendo, comumente firma contratos para a prestação desse serviço;

5. E alguns desses contratos foram firmados, anteriormente a publicação da Lei nº 10.833/03, com prazos que se enquadram na hipótese prevista pela letra "b", inciso XI, do art. 10 da referida lei. Para tanto, coube acostar à presente impugnação cópia dos referidos contratos, onde se pode fazer a prova incontestes;

6. Consecutivamente, não é apenas aceitável, como necessário que o autuado adotasse ambos os regimes de cumulatividade, de acordo com a proveniência das receitas auferidas;

7. Desta feita, não se pode dar provimento ao presente auto de infração que teve por objeto a adoção do regime de cumulatividade e do de não cumulatividade de forma comutativa pelo autuado, puro e simplesmente porque a própria Lei nº 10.833/03 traz essa regulamentação;

8. Como se pode ater, o procedimento do autuado se fez reger pelo que dispõe a Lei nº 10.833/03, não havendo que se falar em cometimento de qualquer infração;

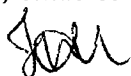
9. Cumpre repetir que os contratos em lume e cujas cópias foram trazidas a estes autos, impunham preços pré-fixados, que já levavam em consideração uma série de fatores de imprevisibilidade. Assim, sendo o contrato encontro de vontade e de interesses, os quais podem ser mutáveis ou imutáveis, o legislador infra constitucional intentou resguardar as garantias contratuais e, por isso, deu-se ao advento do art.10, da Lei nº 10.833/03 que tem por escopo sustentar a situação em que se deu a firmação dos contratos até 31 de outubro de 2003;

10. E, consubstanciado nessa intenção do legislador fixada na Lei nº 10.833/03, o Autuado adotou ambos os regimes de não-cumulatividade e cumulatividade, de acordo com a receita;

11. Além do mais, cabe ainda, uma segunda observação. Mesmo que se entendesse que o procedimento tomado pelo autuado não estaria em plena concordância legal, o que apenas se traz à baila por amor ao debate, ainda assim a autuação teria escapado dos limites em que poderia ter se dado. Indispensável a explicação;

12. As planilhas efetuadas pelo autuado demonstram que não foi utilizado o crédito total, mas tão-somente, um percentual deste, o que não ensejaria, em nenhuma hipótese, que a recomposição dos créditos se desse de forma integral;

13. Ora, as planilhas e demais documentos que integram esta impugnação, se analisadas por "expert", são demonstrativos claros de que o autuado não teria procedido à compensação do total dos créditos, mas de apenas uma percentagem deste. E se refeitos os cálculos, tendo-se por embasamento de que não se



deveria ter feito uso do sistema cumulativo, o que apenas se argumenta por amor à discussão, ainda assim a autuação seria absurda, pois os valores apresentados pelo Fisco traduzem a incorreta percepção fiscal de que o autuado teria abatido os créditos totais, o que não o fez;

14. Sendo assim, caso o entendimento fiscal seja de que o autuado não utilizou o procedimento correto, não poderia ter reincorporado todos os valores para uma nova incidência da exação, isto porque, vale repetir, não houve o aproveitamento total dos créditos e, sim, de um percentual compatível com aqueles surgidos do sistema de apuração não-cumulativa;

15. No presente caso, faz-se necessária produção de prova pericial para que se possa garantir o cumprimento do devido processo legal, o que está intrinsecamente ligado ao efetivo contraditório e a ampla defesa;

16. Atendo-se que o caso em comento envolve grande volume de documentação e ademais da matéria de direito, aduz a questões de matéria contábil, o que apenas podem ser solvidas através da análise por profissional da área;

17. Para tal, com fulcro no art. 18 do Decreto nº 70.235/72, é que se faz o requerimento da produção de perícia, cujo expert deverá responder aos quesitos formulados pelo autuado e que seguem anexo à presente impugnação, indicando como assistente o sr. José Renato Gomes de Assumpção;

18. Por fim, ante todo o exposto, o autuado requer:

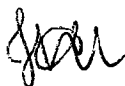
18.1. o deferimento do pedido de realização da prova pericial, cujos quesitos a serem respondidos seguem em folha anexa;

18.2. após concluída a perícia, sejam estes autos encaminhados para julgamento, com o conseqüente provimento da presente impugnação e respectiva anulação do auto de infração e cancelamento do crédito tributário dele decorrente, por ser medida da mais lúdima Justiça Fiscal.

Junto com a petição impugnatória o contribuinte carrou aos autos quesitos anexo a peça impugnatória, documentos de identidade, procuração, 16ª Alteração Contratual, Notas Fiscais, contratos, além do demonstrativo do faturamento e de apuração de crédito.

Reunindo-se em julgamento, em 26.04.07, a Quinta Turma da Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro (DRJ/RJ II), proferiu o acórdão nº 13-15.879, fls. 297/306 – Vol. II, por meio do qual acolheu parcialmente as razões de impugnação apresentadas pela Recorrente, o que se constata da seguinte ementa:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/02/2004 a 31/05/2004



MATÉRIA NÃO IMPUGNADA Considera-se como não impugnada a contribuição lançada, quando não contestada expressamente pelo contribuinte.

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. PRAZO SUPERIOR A 1 (UM) ANO. PREÇO PREDETERMINADO.

As receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, relativas a contratos de fornecimento de bens e serviços com prazo superior a 1 (um) ano e a preço predeterminado, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, estão sujeitas à incidência da Cofins no regime cumulativo.

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.

Lançamento procedente em parte.”

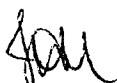
Em resumo, a autuação (i) incluiu na base de cálculo da Cofins não cumulativa valores referentes à receitas financeiras, posto que não se encontrariam mais abarcadas pela decisão judicial que entendeu inconstitucional a ampliação da base de cálculo trazida pela Lei nº 9.718/98 e a DRJ manteve o lançamento deste valor por ausência de recurso da Recorrente e (ii) autuou valores referentes a contratos de prestação de serviços que entendeu estarem fora do âmbito da Lei 9.718/98, cancelando parte do auto de infração em virtude da análise específica dos contratos que gerou conclusão diversa dos julgadores.

Para melhor entendimento, transcrevo a seguir o voto do relator de primeira instância administrativa:

“Consta às fls.114/131, cópia do contrato firmado em 06 de agosto de 2003, com Nipo Brasileira S. A- CENIBRA, cujo objeto constante na cláusula segunda consigna a prestação de serviços especializados de transporte de celulose no mercado nacional, com preço predeterminado em sua cláusula terceira e prazo de vigência de 26(vinte) meses constante na cláusula nona.

Em outras palavras, as receitas provenientes deste contrato permanecem sob a sistemática da COFINS cumulativa, visto os atributos necessários para tal situação previstos na Lei nº 10.833/2003.

Consta às fls.137/149, contrato firmado em 2 de junho de 2003 com USIMINAS Mecânica S.A, com o objeto de prestação de serviços de transporte rodoviário para escoamento de materiais, com prazo superior a 1(um) ano, cláusula terceira e preço predeterminado, cláusula oitava. Nestes termos as receitas provenientes da prestação de serviços deste contrato deverão ser tributadas pela COFINS cumulativa.



O contrato com a ACESITA S.A, consta anexado às fls.154/160, com objeto da prestação de serviços de transporte por via rodoviária de produtos siderúrgicos e materiais, com prazo superior a 1(um) ano e preço predeterminado. Igualmente, as receitas provenientes da prestação de serviços pertinentes ao acordo de vontades estão sujeitas à incidência da COFINS cumulativa.

Igualmente, às fls. 204/210, consta o contrato firmado com a empresa Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, com as características constantes na Lei nº 10.833/2003 para que as receitas provenientes da prestação de serviços sejam enquadradas na sistemática de apuração da COFINS cumulativa.

Entretanto, o contrato firmado com a Nestlé Brasil Ltda (fls.165/174), firmado em 01 de setembro de 2003, com objeto da prestação de serviços de transporte de matérias-primas e produtos fabricados com a contratante, tem prazo de 12(doze) meses, fixado em sua cláusula sexta – fls.169.

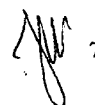
Repita-se que permaneceram na incidência da COFINS cumulativa as receitas provenientes da prestação de serviços dos contratos com prazo superior a 1(um) ano, o que não se corresponde ao estipulado no presente documento. Nesses termos, as receitas têm que ser tributadas pela sistemática da não-cumulatividade.

Já o contrato apresentado pela interessada firmado com Norske Skog Pisa Ltda (fls.215/216), foi firmado em 01 de novembro de 2003, com prazo de 1(um) ano. Ou seja, posterior a 31 de outubro de 2003, estando sujeitas às receitas provenientes da prestação de serviços provenientes do presente contrato a incidência não-cumulativa da COFINS.”

Registra-se, ainda, que a Recorrente restou vencida, ainda, em sua alegação de compensação do débito autuado com o crédito decorrente do sistema não cumulativo.

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, acostado aos autos às fls. 217/330 – Vol. II – alegando a possibilidade de utilização dos créditos decorrentes da inclusão de tais contratos no sistema não cumulativo, o que diminuiria o valor do débito, bem como a impossibilidade de aplicação da multa em 75%, uma vez que esta teria sido revogada pela Lei nº 11.488/07.

É o relatório.

 7

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado, permanece em discussão apenas (i) a possibilidade de deduzir-se, do valor autuado, o crédito a que a Recorrente teria jus em razão do seu enquadramento no sistema não cumulativo e (ii) a revogação da multa de 75% pela Lei nº 11.488/07.

Está com razão a Recorrente no que se refere à possibilidade de creditamento dos valores decorrentes do sistema não cumulativo. O auto de infração foi mantido em relação aqueles contratos que, em virtude de disposição específica da legislação, deixaram de representar receitas sujeitas ao sistema cumulativo de PIS e Cofins, ou seja à Lei nº 9.718/98. O Agente Fiscal analisou as receitas obtidas com os contratos e refez a escrita contábil da Recorrente para fim de aplicar a alíquota prevista na Lei nº 10.833/03, sobre a base de cálculo também prevista nesta lei.

Ora, se a Recorrente teve sua contabilidade analisada e alterada para fim de aplicar-se a nova lei, é certo que esta lei deve ser aplicada em sua plenitude, tanto para o fim de cômputo do débito tributário, quanto para o cálculo do crédito a que a Recorrente tem direito no sistema não cumulativo. Ademais, o valor devido a título de COFINS decorre da incidência da alíquota correta sobre a base de cálculo adequada, qual seja, a receita decorrente dos mencionados contratos decrescida dos créditos legais.

Desta forma, correta a Recorrente quando pleiteia que os créditos decorrentes do sistema não cumulativo também sejam considerados para calcular o tributo efetivamente devido.

Já no tocante à incidência da multa no patamar de 75%, tem razão a fiscalização. A inadimplência está sujeita à penalidade e, portanto, o valor não recolhido pela Recorrente sujeita-se à mencionada multa.

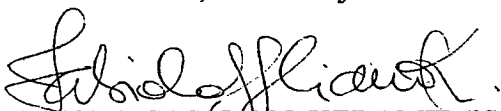
Contrariamente ao interpretado pela Recorrente, não houve revogação do dispositivo legal que prevê a aplicação de penalidade pelo não recolhimento do tributo, a multa revogada pela Lei nº 11.488/2007 – que alterou o artigo 44 da Lei nº 9.430/96 – refere-se à infração de recolhimento do principal sem acréscimo de multa moratória, ou seja, o contribuinte que recolher apenas o principal, fora do prazo, estará sujeito à multa moratória e não à multa punitiva de 75%. No caso, o contribuinte deixou de recolher tributo, constituindo infração punida com multa de 75%.



Ante o exposto, conheço do presente para fim de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, devendo ser considerado para o cálculo da COFINS devida, os valores decorrentes dos insumos utilizados nos contratos mantidos na não cumulatividade, nos estritos termos da Lei nº 10.833/03.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2009


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

