



TO3C
TO4E

S3-C3T2
Fl. 529

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

Processo nº 19515.001320/2007-90
Recurso nº 253.693 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.161 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria COFINS e PIS
Recorrente FRIGOESTRELA - FRIGORÍFICO ESTRELA DOESTE LTDA.
Recorrida DRJ em SÃO PAULO - SP

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e PIS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/01/2004

DECADÊNCIA. Nos termos do art. 150 § 4 do CTN é de 5 anos, a contar do fato gerador, o prazo que dispõe a Fazenda para lançar tributos sujeitos a homologação.

CONCOMITÂNCIA - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

MULTA DE OFÍCIO - ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE - É defeso ao julgador administrativo afastar aplicação de Lei em vigor sob o argumento de ilegalidade.

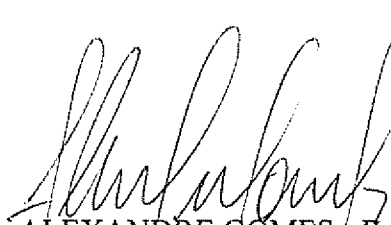
TAXA SELIC - É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

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 maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência dos lançamentos anteriores à competência 05/2002. Vencido o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto que anulava o Auto de Infração e apresentará declaração de voto.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente



ALEXANDRE GOMES - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, José Antonio Francisco e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de autos de infração de PIS e de COFINS, relativos aos períodos de apuração de janeiro de 2000 a dezembro de 2003 e de janeiro de 2000 a janeiro de 2004, respectivamente, cuja ciência ocorreu em 29/06/2007.

Durante o processo de fiscalização foram apontadas diversas diferenças entre os valores escriturados e os valores declarados e pagos a SRF. Mesmo instada a se manifestar sobre o assunto, não houve justificativa, no curso da fiscalização, para as diferenças apontadas.

Do auto de Infração que imputou valores relativos à diferença de imposto, juros SELIC e multa de 75%, A Recorrente interpôs Manifestação de Inconformidade onde, em síntese, alegou:

- a) O lançamento fiscal está contaminado pelo vício de nulidade, tendo em vista que está a exigir valores já atingidos pela decadência, já que muito embora tal prazo deva ser considerado de cinco (5) anos, a contar da data do fato gerador, a autoridade fiscal, de forma equivocada o está considerando como se fosse dez (10) anos. Tratando de erro insanável, tendo em vista que o lançamento fiscal não se admite meio termo, o corolário obrigatório é a sua nulidade, para que outro seja levado a efeito de forma correta.
- b) Há que se considerar o crédito presumido para o período anterior, retroagindo-se os efeitos da lei, a exemplo do que tem ocorrido com a aplicação da Lei Complementar 105/2001 e Lei nº 10.174/2001, mesmo porque o art. 106 do CTN assim o autoriza em benefício do contribuinte. Também por essa razão o auto de infração é passível de nulidade, para que outro seja lavrado, considerando a imputação do crédito presumido.
- c) O lançamento fiscal não demonstra a necessária liquidez e certeza. Embora o Termo de Constatação apresente valores supostamente devidos e que estão sendo cobrados através de Auto de Infração, não declina ele a forma utilizada para atingir suas conclusões, não demonstrando assim a sua necessária liquidez apta a dar sustentação à autuação, o que faz com que o lançamento fiscal se torne insubsistente.



- d) Na prática o lançamento foi efetuado por presunção, o que é inadmissível.
- e) A taxa de 1% ao mês, fixada pelo art. 161 do CTN é o limite máximo que pode ser aplicado. É ilegal e inconstitucional a utilização da taxa SELIC.
- f) Finalmente, requereu o cancelamento do auto de infração e o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Após análise dos argumentos apresentados na Impugnação, a DRJ de São Paulo decidiu pela manutenção do lançamento através do Acórdão nº 16-15.082, que assim restou ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/01/2004

NULIDADE - Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto n. 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em anulação ou invalidação do Auto de Infração.

ÔNUS DA PROVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - Provado o fato tributário pela fiscalização mediante análise da escrituração do contribuinte, constata-se o pressuposto de fato do lançamento. Fundada assim a pretensão da Fazenda Pública, caberia ao sujeito passivo apresentar os fatos que pudessem impedir, modificar ou extinguir o direito reclamado pelo sujeito ativo.

DECADÊNCIA - COFINS - Natureza de contribuição à seguridade social, prazo decadencial para a constituição é de dez anos segundo art. 150, § 4º do CTN e Lei 8.212/91.

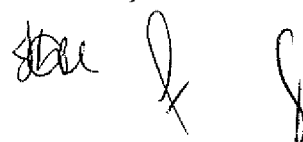
LANÇAMENTO - APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO - A regra-matriz de incidência aplicável é aquela que se encontra vigente à data de ocorrência do fato gerador. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (art. 144 do CTN).

TAXA SELIC - Utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora encontra guarida no art. 84, I, da Lei nº 8.981/95, no art. 13 da Lei nº 9.065/95, e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2003

NULIDADE - Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto n. 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em anulação ou invalidação do Auto de Infração.



ÔNUS DA PROVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - Provado o fato tributário pela fiscalização mediante análise da escrituração do contribuinte, constata-se o pressuposto de fato do lançamento. Fundada assim a pretensão da Fazenda Pública, caberia ao sujeito passivo apresentar os fatos que pudessem impedir, modificar ou extinguir o direito reclamado pelo sujeito ativo.

DECADÊNCIA - PIS - Natureza de contribuição à seguridade social, prazo decadencial para a constituição é de dez anos segundo art. 150, § 4º do CTN e Lei 8.212/91.

LANÇAMENTO - APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO - A regra-matriz de incidência aplicável é aquela que se encontra vigente à data de ocorrência do fato gerador. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (art. 144 do CTN).

TAXA SELIC - Utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora encontra guarida no art. 84, I, da Lei nº 8.981/95, no art. 13 da Lei nº 9.065/95, e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Desta decisão foi interposto Recurso Voluntário onde se alega:

1. A decadência dos lançamentos anteriores a 29/06/2007, por aplicação do disposto no art. 150 § 4º do CTN, e em face da inconstitucionalidade dos art. 45 e 46 da Lei 8.212/91;
2. que a documentação apresentada seria suficientes para demonstrar a inexigência do suposto crédito tributário e que a autuação promoveu lançamentos por presunção;
3. que a fiscalização ignorou a alteração promovida pela legislação, em especial a Lei 10.637/02 que modificou a sistemática de apuração do PIS no período lançado de 01/2003 a 12/2003, ignorando os créditos a que fazia jus a Recorrente;
4. que é ilegal a incidência do PIS e da COFINS sobre a receita Bruta, nos moldes do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98;
5. que deve ser afastada a incidência do PIS e da COFINS sobre o ICMS embutido nas suas notas fiscais de faturamento
6. que a multa cobrada é indevida e abusiva;
7. e, que é inaplicável a Taxa SELIC.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ALEXANDRE GOMES, Relator

O presente Recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos e dele tomo conhecimento.

I - DECADÊNCIA

Alega a Recorrente, que os lançamentos de PIS e COFINS anteriores a 29/06/2002, estariam atingidos pela decadência, uma vez que a ciência do auto de infração ocorreu apenas em 29/06/2007.

Importante ressaltar inicialmente que, a despeito do PIS e da COFINS se tratarem de contribuições previdenciárias a muito a sua natureza de tributo já foi reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência.

É também o que se depreende da leitura do art. 149 da CF, inserido no Capítulo I, denominado Sistema Tributário Nacional, pelo qual se atribuiu competência à União para instituição de contribuições sociais, senão vejamos:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

Ao determinar a competência da União para legislar sobre contribuição previdenciária, espécie do gênero contribuição social, a Constituição registrou expressamente que estas deveriam observar o disposto no art. 146, III, que assim dispõe:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;"

Sobre o assunto trazemos os importantes ensinamentos de **Hugo de Brito Machado**¹, que afirma:

"Pensamos que as contribuições autorizadas pelos artigos 149 e 195 da vigente Constituição na verdade são espécies de tributo,

¹ In As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro, Coordenador Hugo de Brito Machado – São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003. p 8.

seja porque se enquadram no conceito implícito na Constituição que a final pode ser considerado um conceito praticamente universal de tributo, seja porque correspondem ao conceito consubstanciado no art. 3º do Código Tributário Nacional que a final nada mais é do que uma forma de expressão daquele conceito implícito no Estatuto Básico."

Assim, possuindo natureza jurídico-tributária as contribuições previdenciárias a que se refere o art. 195 da Constituição estão automaticamente sujeitas às determinações constantes no art. 146 da Constituição Federal, que assegura que somente a Lei Complementar disporá sobre as matérias relativas à decadência e prescrição.

Isto significa que, embora a Lei 8.212/91, em seu art. 45 estabeleça prazo de dez anos para a constituição dos seus créditos, esta imposição não pode prevalecer sobre a legislação de caráter complementar, no caso, sobre as determinações do Código Tributário Nacional, que regula inteiramente a matéria em seus arts. 150, 168, 173 e 174.

Especificamente sobre este tema colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A doutrina processual clássica é que assentou o entendimento, baseada em que (a) a prescrição tem como pressuposto necessário a existência de um estado de fato contrário e lesivo ao direito e em que (b) tal pressuposto é inexistente e incompatível com a ação declaratória, cuja natureza é eminentemente preventiva. Entende-se, assim, que a ação declaratória (a) não está sujeita a prazo prescricional quando seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito; todavia, (b) não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida à desconformidade entre estado de fato e estado de direito, já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

X 

3. *Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200)."*

(AgRg no REsp 616348/MG; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0229004-0. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. PRIMEIRA TURMA. DJU 14 02 2005 p 144. RDDT vol. 115, p 164)

Por fim, a respeito da inconstitucionalidade do art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, recente decisão do Pleno do E. STF colocou fim a discussão editando inclusive súmula vinculante, que assim restou redigida:

SÚMULA 8 - SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Afastada a aplicação dos dispositivos inconstitucionais, buscamos no CTN solução para a questão.

Via de regra, o CTN estabelece que o lançamento tributário deve observar o art. 173 do Código Tributário Nacional, que determina:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Referida regra, no entanto, comporta exceções para os casos em que os tributos estão sujeitos ao pagamento através do regime de homologação, como é o caso das contribuições discutidas nestes autos.

Nestes casos, aplicável o prazo estabelecido pela redação do art. 150 do Código Tributário, senão vejamos:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)



§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação ” (grifou-se)

Neste sentido é a jurisprudência do E. STJ, como vemos a seguir:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE DESACOMPANHADA DE PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo à declaração do contribuinte desacompanhada do pagamento no vencimento, não se aguarda o decurso do prazo decadencial para o lançamento. A declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do débito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. *Precedentes*

2. O termo inicial da prescrição, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declaração, mas da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada.

3. Cuida-se de Imposto de Renda de Pessoa Física-IRPF ano-base 1995, exercício 1996, caso em que o pagamento da referida exação poderia ser realizado em parcelas até o mês de setembro de 1996. Assim, o prazo prescricional começou a correr em outubro de 1996 e consumou-se em outubro de 2001. Como a execução fiscal foi ajuizada em setembro de 2003, ocorreu a prescrição do tributo executado.

4. Recurso especial provido.²

Este Conselho de Contribuintes também já decidiu neste sentido:

Ementa: PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO – Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para o fisco constituir o crédito tributário via lançamento de ofício, começa a fluir a partir da data do fato gerador da obrigação tributária, independentemente tenha havido pagamento ou não, eis que o que se homologa é a atividade exercida pelo contribuinte e não o pagamento, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, caso em que o prazo começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (Número do Recurso 154203 Câmara:PRIMEIRA CÂMARA Número do Processo:10875.005130/2003-54 Tipo do Recurso:VOLUNTÁRIO Relator:Valmir Sandri Decisão:Acórdão 101-96613 Data da 06/03/08.)

² Resp nº 789.443-SC (2005/0173276-6) Relator Ministro Castro Meira

No presente caso, a Recorrente foi cientificada em 29/06/2007, estando atingidos pela decadência todos os lançamentos anteriores a 29/06/2002.

II – RECEITA BRUTA – 9.718/98

Em relação à ampliação da base de cálculo do PIS e dos COFINS promovidas pela Lei 9718/98, temos que a questão encontra-se pacificada no E. STF, que pôs fim a controvérsia nos seguintes termos:

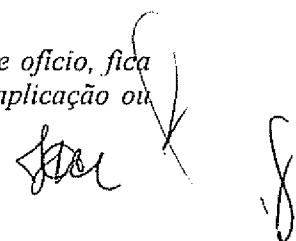
CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. 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. Sobreposição 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 346.084/PR. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/11/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Do voto do Relator do Acórdão, Ministro Marco Aurélio, destaca-se:

“Vale dizer que se está diante de diploma normativo cujo § 1º do art. 3º veio à luz sob o signo da inconstitucionalidade parcial, ao fazer compreender no conceito de receita bruta do contribuintes entradas outras diversas do produto da venda de mercadorias e serviços, instituindo, por consequência, nova fonte destinada a garantir a manutenção da seguridade social, o que somente por lei complementar poderia se feito validamente, como previsto no § 4º do referido art. 195 da Carta”

Importante ressaltar que, embora o julgador administrativo faleça de competência para declarar a inconstitucionalidade de lei, o Regimento Interno deste Conselho, em seu art. 49, parágrafo único, inciso I, assim prescreve:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou



deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo.

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Neste sentido o Conselho de Contribuintes vem afastando a incidência das contribuições sobre as receitas que não sejam decorrentes do faturamento da empresa, senão vejamos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração 31/08/1998 a 31/07/2003 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS

É preciso que o contribuinte comprove os fatos alegados, ou ao menos traga aos autos provas circunstanciais ou indícios suficientes para que se requisite a perícia contábil. A não apresentação de documentos suficientes ou fatos objetivos neste sentido tornam verdadeiras as alegações da Fiscalização.

COFINS. LEI Nº 9.718/98 (ALARGAMENTO DE BASE) INCONSTITUCIONALIDADE DA SELIC.

O recente julgamento de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser ignorada pelo tribunal administrativo, devendo, inclusive, ser reconhecida e aplicada de ofício por qualquer autoridade administrativa a nulidade da norma, sob pena de enriquecimento ilícito. Acertada a aplicação da taxa Selic. Recurso provido em parte (Acórdão 201-81.031. Relatora FÁBIOLA CASSIANO KERAMIDAS)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Data do fato gerador: 31/08/2000

INCONSTITUCIONALIDADE DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO. Tendo o Pleno do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pode o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS e da COFINS sobre receita de deságio. Recurso provido (Acórdão 201-80.899. Relator Walber José da Silva)

Assim, a receitas estranhas ao faturamento da Recorrente, devem ser excluídas do presente lançamento.

III- DA INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS SOBRE O ICMS.

Alega-se que o valor do ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, em síntese porque tais receitas pertenceriam na verdade ao Estado e não ao contribuinte.

Informa ter interposto Mandado de Segurança sob nº 2007.61.00.031745-3 onde discute a ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, matéria que se confunde com as alegações apresentadas no presente Recurso Voluntário. Isto é inclusive reconhecido pelo Recorrente em sua peça.

Em consulta ao site do Tribunal Regional Federal confirmou-se tal informação, posto que o Recorrente deixou de apresentar qualquer prova da existência do referido processo, embora indique em seu recurso que teria anexado a decisão que menciona. Tal documento de fato não foi juntado.

Assim, diante das informações disponíveis, me parece correto afirmar que existe coincidência de objetos entre as matérias tratadas na esfera judicial e na esfera administrativa. Caracterizada está, a meu ver, a concomitância.

A respeito da concomitância é de se destacar a Sumula nº 1 do extinto Segundo Conselho Contribuintes que assim prescreve:

Sumula 1 - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Cumprе destacar que nos termos do art. 72, § 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF as sumulas dos extintos Conselhos de Contribuintes são de aplicação obrigatória, senão vejamos:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

§ 4º As súmulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF

Portanto, não conheço dos argumentos relativos a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS ante a renúncia às instâncias administrativas face a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial.

IV – DA APLICAÇÃO DA LEI 10.637/02

Em ser Recurso a Recorrente alega que a fiscalização não aplicou a legislação relativa a não-cumulatividade, quando do lançamento de PIS relativo às competências de 01/2003 a 12/2003, deixando de imputar os créditos a que faria jus nos termos da Lei 10.637/02.

Também deve ser desprovido o recurso neste item. Na análise dos documentos juntados aos autos, vislumbra-se que houve de fato a aplicação da Lei 10.637/02 tanto que a alíquota aplicada ao PIS, no período de 01/2003 a 12/2003 foi de 1,65% (fls. 353e 354, Vol. II)

Sobre os créditos determinados pela legislação citada, é de se ressaltar que a fiscalização lançou diferenças de PIS e COFINS a partir da constatação de que havia



divergências entre os valores lançados na contabilidade, os valores declarados em DCTF e o valores declarados em DIPJ, bem como e em relação aos pagamentos efetuados.

A alegação de que os créditos não foram considerados falece de prova que afastasse que os valores declarados pela própria recorrente em seu razão analítico (fls. 243 a 251 Vol. II) a título de “desconto de créditos mensal de PIS não cumulativo – parte mercado interno” e “desconto de créditos mensal de PIS não cumulativo – parte mercado externo” não eram a totalidade dos créditos existentes.

A eventual existência de créditos, além dos lançados pela Recorrente em seu Razão Analítico, não foi alegada e nenhum momento pela Recorrente e a análise dos documentos constantes dos autos também não nos permite verificar se isto ocorreu.

Ressalta-se ainda, que a Recorrente foi instada diversas vezes (fls. 326 a 328; 330 331; 332 a 334; 336 a 338; 339 a 341, Vol. II) a justificar a origem das diferenças existentes, tendo informado “*não ter justificativa para as diferenças apontadas entre valores provisionados na contabilidade de PIS e COFINS e os respectivos valores informados em DCTF (...) (fls. 342 Vol. II).*”

Assim, nego provimento ao Recurso quanto a este item. fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação

V- DA ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE DA MULTA DE 75%

No tocante a ilegalidade e abusividade da multa de 75%, falece competência ao julgador administrativo para que este se manifeste sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei.

A multa aplicada está embasada no disposto no art. 44 da Lei 9.430/96, que se encontra em pleno vigor.

O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em seu art. 49, assim determina:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade

Nos mesmo sentido é a Súmula nº 2 do extinto Segundo Conselho de Contribuintes:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

VI- DA ILEGALIDADE DA TAXA SELIC.

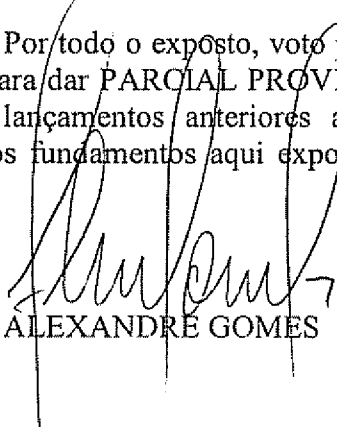
Em relação a ilegalidade da utilização da taxa SELIC para a correção dos créditos de natureza tributária, conforme já exposto anteriormente, falece competência ao julgador administrativo para que este se manifeste sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei.

Também aplicável, ao caso sob análise, a Súmula nº 3 deste Eg. Conselho que assim determina:



É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso na parte não atingida pela concomitância, para dar PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reconhecer a decadência dos lançamentos anteriores a competência 05/2002, mantendo-se os demais lançamentos pelos fundamentos aqui expostos em complemento aos já lançados no acórdão recorrido.


ALEXANDRE GOMES

Declaração de Voto

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

Verifico que a contribuinte teve seu auto de infração lavrado pela autoridade fiscal a partir de “regra de três simples”. O auditor tomou os valores declarados (e pagos) em DIPJ e DCTF, comparou-os com os valores provisionados em conta de passivo na contabilidade, e estabeleceu como base de cálculo essa diferença, sem ter recomposto a base de cálculo do tributo a partir do seu fato gerador, qual seja, a receita bruta da empresa.

Lembro que o DL nº 1.598/77, em pleno vigor, estabelece que:

“Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.” (grifei)

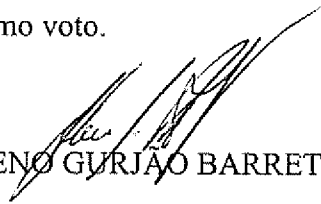
Ou seja o contribuinte apresentou suas demonstrações contábeis, que em nenhum momento foram contestadas pela autoridade fiscal, que poderia e deveria ter sido utilizada para apurar a base de cálculo do tributo.



Isso posto, lamentando, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o auto de infração, por inexistência de elemento básico para a constituição do crédito tributário, qual seja, adequada demonstração da base de cálculo do tributo. Trata-se, na opinião desse julgador, de causa de nulidade absoluta do auto de infração a inexistência de base de cálculo conforme prescrito na lei de regência do tributo. Fazê-lo de forma diferente seria inobservar uma das limitações constitucionais o poder de tributar e em minha opinião abriria sério precedente.

Faço ressalva, no entanto, sem que isso, infelizmente, influa no conteúdo da minha decisão, e mesmo para auxiliar os doutos representantes da Fazenda, caso deseje, na continuidade da defesa do crédito tributário, que verifiquei que o contribuinte estabeleceu ao longo de grande parte do período autuado uma “exclusão” da base de cálculo dos tributos *sub judice* à razão de 72% (exatos), sem quaisquer justificativas, fato inclusive incontestado pela mesma Fazenda Pública nos autos do processo, o que na opinião desse julgador configuraria redução ilegal do tributo pago.

É como voto.


GILENO GURJÃO BARRETO

