



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

Processo nº 19515.004992/2008-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-001.483 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2015
Matéria COFINS. FALTA/INSUFICÊNCIA DE RECOHIMENTO.
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DOCES SANTA FÉ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Inexiste nulidade ao Auto de Infração quando preenchidos os requisitos formais, restando demonstrado que a autuada compreendeu perfeitamente os fatos que lhes foram imputados.

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718, DE 1998. RECEITA DE VENDAS. NÃO IMPLICAÇÃO NA EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

Demonstrado que a base de cálculo apurada diz respeito tão-somente a receitas decorrentes de vendas de produtos de fabricação própria, não há que se falar em divergências decorrentes da aplicação da base de cálculo alargada, de forma que a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo Supremo Tribunal Federal, não tem implicação na exigência da COFINS.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.

Sendo o faturamento da empresa a base de cálculo da COFINS, mostra-se incabível a exclusão do valor referente ao ICMS, por ausência de previsão legal.

Preliminar de nulidade rejeitada. No mérito, recurso voluntário negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao

recurso voluntário. Vencida a Conselheira Tatiana Midori Migiyama. Os Conselheiros Gilberto de Castro Moreira Junior e Thiago Moura de Albuquerque Alves declararam-se impedidos.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira - Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Thiago Moura de Albuquerque Alves, Charles Mayer de Castro Souza e Tatiana Midori Migiyama.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“Trata-se de auto de infração lavrado contra a contribuinte em epígrafe, relativo à falta/insuficiência de recolhimento, nos períodos de apuração de janeiro/2003 a dezembro/2004, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 164/174 – a numeração de referência é sempre a da versão digital do processo), no montante total de R\$ 5.147.151,94.

O auditor-fiscal, no Termo de Constatação Fiscal (fls. 161/163), fundamentou o lançamento de ofício no fato de que os valores informados como devidos a título de Cofins em DIPJs estão superiores aos valores informados em DCTFs ou aos valores recolhidos, sendo que a contribuinte foi intimada a apresentar documentos e livros fiscais e contábeis que justificassem essa divergência, mas não o fez.

Cientificada do auto de infração em 28/08/2008, a contribuinte apresentou impugnação em 29/09/2008 (fls. 177/181), na qual alega que:

- dentre os fundamentos legais do auto de infração está a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, já tida como inconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, o que compromete todo o auto de infração, já que calcado em lei declarada inexistente;

- a Lei nº 9.718, de 1998, nada mais fez do que ampliar a base de cálculo do COFINS/Pasep e da Cofins sem previsão constitucional, pois pretendia tributar sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica;

- no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 357950, nº 390840, nº 358273 e nº 346084, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998;

- deve ser levado em conta o fato de que algumas empresas têm obtido no Poder Judiciário liminares para excluir o ICMS da base de cálculo do COFINS/Pasep e da Cofins. Nesses casos, em primeira e segunda instâncias tem-se considerado o resultado parcial do julgamento do STF, com seis votos favoráveis aos contribuintes. O próprio STF concedeu liminar que suspende a cobrança dessa diferença pela Fazenda Nacional até o julgamento de recurso extraordinário da empresa. O que o STF concedeu foi efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Na prática, a medida impede a Fazenda Pública de cobrar as contribuições incluindo no

cálculo o ICMS. A concessão de suspensão em casos cujo assunto esteja sendo amplamente discutido no STF já é uma praxe;

- em uma decisão recente, a Ministra Carmen Lúcia admite que existe um novo argumento para questionar a constitucionalidade da elevação da alíquota da Cofins de dois para três por cento, estabelecida pela Lei nº 9.718, de 1998;

- para que não se alegue no futuro nulidade de ordem processual devem ser adequados administrativamente os procedimentos fiscais adotados nestes autos à nova realidade jurídico-fiscal, subtraindo do seu enquadramento jurídico os pontos apontados como inconstitucionais, sob pena de se fazê-lo via judiciário;

- como vem amplamente reconhecendo o Poder Judiciário, inclusive o STJ, a taxa Selic para fins tributários é, a um só tempo, inconstitucional e ilegal, pois ora tem conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, tendo sido instituída em afronta ao princípio constitucional da legalidade, já que não criada por lei.

Ao final requer que as intimações sejam feitas em nome do advogado da empresa.”

A DRJ-São Paulo I/SP julgou improcedente a impugnação (efls. 202/208), nos termos da ementa adiante transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL-COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718, DE 1998. RECEITA DE VENDAS. NÃO IMPLICAÇÃO NA EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

Se a base de cálculo apurada diz respeito tão-somente a receitas decorrentes de vendas de produtos de fabricação própria, a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo Supremo Tribunal Federal não tem implicação na exigência do COFINS/Pasep.

ICMS. BASE DE CÁLCULO.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo do COFINS/Pasep.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, pois tal competência é exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário perante este Colegiado (efls. 215/237), alegando, preliminarmente, a nulidade do auto de infração. Entende que houve cerceamento do seu direito de defesa tendo em vista que “*os enquadramentos legais realizados pelo auditor fiscal não demonstraram (...) nenhuma infração cometida pela recorrente*”. Demais disso, afirma que a Fiscalização não apresentou qualquer documento hábil comprobatório para embasar o lançamento efetuado.

No mérito, alega, em síntese:

- que a divergência dos valores declarados a título “Cofins a Pagar” na DIPJ de fato foram inferiores àqueles recolhidos e declarados em DCTF, mas que tal divergência se deu em razão de os valores constantes das DIPJ terem sido informados utilizando-se a base de cálculo alargada estabelecida no §1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98. Informa que, após ter apresentado a DIPJ, tomou ciência do andamento do RE nº 390.840 no STF e, em razão disso, achou por bem efetuar os recolhimentos tomando como base de cálculo apenas a receita operacional bruta da empresa, de forma que efetuou o recolhimento do COFINS somente sobre os valores das vendas de produtos de sua fabricação. Entende, assim, que não houve falta de recolhimento de tributo, mas apenas descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a apresentação de DCTF retificadora.

- que é ilegal a cobrança do ICMS incluso na base de cálculo dos supostos débitos de COFINS/PASEP; e

- que a decisão recorrida não observou o princípio da verdade material, adotando como certos os relatos apresentados pela Fiscalização, não tendo verificado se era devido o crédito tributário lançado de ofício, uma vez que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador e não com a simples declaração do contribuinte.

Ao final, requereu: *i.* o afastamento da aplicação do §1º do art. 3º da lei nº. 9.718/98; *ii.* a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS exigido, ou, pelo menos, a suspensão da cobrança do débito referente a este percentual tendo em vista a repercussão geral do caso junto ao STF; *iii.* improcedência total da exigência

É o Relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Relatora

Trata a lide de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte retro identificada, em 19/08/2008, no valor de R\$5.147.151,94, em razão de ter havido recolhimento insuficiente da COFINS, tendo em vista os valores indicados pela própria recorrente, como “COFINS a Pagar”, em sua DIPJ. Tais valores mostram-se superiores àqueles que foram declarados na DCTF.

Preliminarmente, alega a contribuinte haver nulidade do auto de infração, por cerceamento do seu direito de defesa, vez que, segundo afirma, o enquadramento legal constante do Auto de Infração não identificaria a infração que teria sido cometida. Por outro lado, alega que a Fiscalização teria deixado de apresentar qualquer documento capaz de embasar o lançamento, quando a esta caberia o ônus da prova.

Mostram-se infundadas as alegações da recorrente.

Não há qualquer cerceamento do direito de defesa da contribuinte decorrente do enquadramento legal apontado. Isto porque os fatos que ensejaram o lançamento foram devidamente narrados pela Fiscalização, conforme Termo de Constatação Fiscal integrante do Auto de Infração (efls. 161/162). É pressuposto da nulidade a existência do prejuízo à defesa, que inexistiu quando demonstrado que a autuada compreendeu perfeitamente os fatos que lhes foram imputados, os quais, inclusive, confirmou terem ocorrido, vez que afirmou, no seu recurso voluntário, que as divergências existentes entre os valores informados nas DIPJ e nas DCTF, bem como em relação aos valores recolhidos, de fato ocorreram.

Não se vislumbra qualquer prejuízo à recorrente, que demonstrou ter compreendido perfeitamente a exigência fiscal e apresentou sua defesa de forma apropriada para a lide, tanto na impugnação como em fase recursal. No Direito brasileiro, o interessado se defende dos fatos, de forma que, restando estes perfeitamente narrados pela autoridade fiscal no Auto de Infração, propiciou-se a ampla defesa à contribuinte - que, no conteúdo de sua impugnação e recurso voluntário, mostrou haver compreendido perfeitamente a exigência que lhe fora imposta.

Por outro lado, a autoridade fiscal juntou aos autos documentação (efls. 04/140) nas quais pode-se identificar os valores a pagar informados pela contribuinte como devidos em relação à COFINS, tendo a autuação baseado-se naquelas DIPJ que foram apresentadas pela própria contribuinte, que não trouxe qualquer justificativa ou comprovação de que os valores informados não eram aqueles efetivamente devidos, conforme se vê da descrição dos fatos às efl. 161:

Os valores informados em DIPJs.. referente a "Cofins a Pagar" estão superiores aos informados em DCTF ou superiores aos valores recolhidos aos cofres públicos, conforme descrito no Termo de Intimação nº 001, de 29/04/2008.

O contribuinte foi intimado para a apresentação de documentos e livros fiscais e contábeis, que justificassem a falta de declaração em DCTF/recolhimentos dos valores aos cofres públicos.

Não justificou/comprovou os valores informados na DIPJ. e nem os seus recolhimentos.

Quando de sua intimação, caberia à interessada demonstrar que eram incorretas as informações que ela própria prestou, pelos motivos que entendia ser cabíveis. Não pode agora, depois de autuada, em função das divergências geradas pelas DIPJ que apresentou, alegar que à Fiscalização caberia provar que aqueles valores informados estavam, de fato corretos, ao invés dos valores a menor que a contribuinte indicou nas DCTF bem como dos valores que a contribuinte recolheu. Pretende a recorrente que a autoridade fiscal comprove a veracidade das informações que a própria contribuinte prestou à Receita Federal, o que, obviamente, demonstra ser um contrassenso. Demonstrados pela Fiscalização os fatos que justificam a autuação, é do contribuinte o ônus da prova dos fatos impeditivos ou modificativos do direito demonstrado pela Fazenda Pública. Se há valores incorretos declarados na DIPJ, decorrentes de inexatidão material, caberia à interessada apontá-los um a um e demonstrar as razões de fato que a levaram ao erro.

Rejeita-se, pois, a preliminar de nulidade do Auto de Infração suscitada.

No mérito, alega a recorrente as divergências ocorreram porque, ao informar os valores do COFINS a pagar nas DIPJ, assim o fez tomando por certa a base de cálculo alargada determinada no §1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, porém, após ter apresentado as DIPJ, tomou ciência do andamento do RE nº 390.840 no STF e, em razão disso, achou por bem efetuar os recolhimentos tomando como base de cálculo apenas a receita operacional bruta da empresa, de forma que efetuou o recolhimento do COFINS somente sobre os valores das vendas de produtos de sua fabricação. Dessa forma, entende que não houve falta de recolhimento de tributo, mas apenas descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a apresentação de DCTF retificadora.

Ora, mostra-se também incabível esse argumento de defesa, tendo em vista que os valores constantes das DIPJ dos exercícios de 2004 e 2005 (efls.4/140) demonstram que, no cálculo da COFINS a pagar, a contribuinte já havia considerado somente as receitas da venda no mercado interno de produtos de fabricação própria, tendo sido lançado de ofício os valores devidos exatamente nesses termos. Não há, portanto, que se falar em utilização de base de cálculo alargada, nem pela contribuinte quando da apresentação das DIPJ, nem pela Fiscalização, quando da autuação.

De outro giro, quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, tem-se que esta matéria é objeto de apreciação pelo STF, no RE 574.706, cuja repercussão geral da questão constitucional foi reconhecida por aquela Corte, não tendo sido proferida decisão, até a presente data.

Não há previsão legal para que tal exclusão seja feita, uma vez que o valor referente ao ICMS repassado ao consumidor final compõe o faturamento da empresa, o qual é a base de cálculo da referida contribuição, conforme assinalou a autoridade julgadora de base:

“Com relação às alegações referentes ao ICMS, diga-se que, como visto acima, a Lei nº 9.718, de 1998, determinou que a base de cálculo do Cofins é o faturamento, correspondente este à receita bruta da pessoa jurídica. No § 2º do art. 3º desse diploma legal, ficou estabelecido que se excluiriam da base de cálculo dessa contribuição o IPI e o ICMS, este apenas quando na condição de substituto tributário.

Se a lei excluiu o ICMS-Substituição da base de cálculo do Cofins, conclui-se que o legislador considerou que, mesmo na modalidade de substituição tributária, tal imposto estaria incluído no faturamento/receita bruta da empresa. E se somente o ICMS-Substituição foi excluído, é certo que o ICMS devido pela autuada, *contrario sensu*, integra o faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo ao Cofins.”

Neste mesmo sentido já decidiu a 1ª Turma Ordinária desta Câmara, nos autos do processo nº. 10665.003100/2008-93. A ementa do referido julgado é a seguinte:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O COFINS/PASEP

Período de apuração: 31/03/2004 a 31/01/2008

EXCLUSÃO DE BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Os valores correspondentes ao ICMS e ao ISS, por expressa falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VIA IMPRÓPRIA.

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, exceto nos casos previstos em lei. Não havendo a subsunção dos fatos concretos aos casos excepcionais previstos em lei, aplica-se a regra geral já sumulada no âmbito do CARF.

Do mesmo modo, a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 3ª Seção de Julgamento (Acórdão 34021-002.501):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O COFINS/PASEP

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/05/2005

COFINS RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO BASE DE CÁLCULO ICMS INCLUSÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-sena base de cálculo da COFINS e do COFINS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais que não dispõem de função legislativa não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Por fim, ressalte-se que a matéria, há muito, encontra-se sumulada pelo STJ, a saber:

Súmula STJ nº. 94 – A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Assim sendo, tem-se por legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e incabível, mais uma vez, a pretensão da contribuinte.

Pelo exposto, **REJEITO** a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recuso voluntário.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira

CÓPIA