MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 08 / 05 / 06
VISTO

Processo nº : 19647.001109/2003-48
Recurso nº : 129.401
Acórdão nº : 201-78.747

Recorrente : COMERCIAL VITA NORTE LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 11 / 2005
VISTO

COFINS. ARBITRAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não se verifica o arbitramento suscitado no presente auto de infração. As bases de cálculo da contribuição se originaram do faturamento registrado nos livros e documentos contábeis/fiscais da recorrente, não havendo motivo para se desconsiderar o lançamento desta contribuição, nem tampouco o sobrestamento de seu julgamento até decisão no auto de IRPJ, visto que não se trata de lançamento decorrente ou reflexo.

PROVA DOCUMENTAL.

A prova documental deve ser apresentada até a impugnação, sob pena de preclusão do direito de apresentá-la em outro momento processual.

PEDIDO DE PERÍCIA.

É necessário o atendimento aos requisitos constantes do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72, como pressuposto para possível deferimento de pedido de perícia.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

Os órgãos de julgamento administrativo não têm competência para negar vigência à lei, sob a mera alegação de sua inconstitucionalidade. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu.

TAXA SELIC.

A taxa Selic, prevista na Lei nº 9.065/95, art. 13, por conformada com os termos do artigo 161 do CTN, é adequadamente aplicável.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMERCIAL VITA NORTE LTDA.

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 11 / 2005
VISTO

Processo nº : 19647.001109/2003-48
Recurso nº : 129.401
Acórdão nº : 201-78.747

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** O Conselheiro Antonio Mario de Abreu Pinto declarou-se impedido de votar.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Maurício Taveira e Silva
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Cláudia de Souza Arzua (Suplente), José Antonio Francisco, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 11 / 2005
VISTO

Processo nº : 19647.001109/2003-48
Recurso nº : 129.401
Acórdão nº : 201-78.747

Recorrente : COMERCIAL VITA NORTE LTDA.

RELATÓRIO

Comercial Vita Norte Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 93/123, contra o Acórdão nº 6.789, de 28/11/2003, prolatado pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE, fls. 83/88, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 05/07, resultante de falta de recolhimento da Cofins, relativamente ao período de agosto/1998 a dezembro/2002, no montante total de R$ 10.686.174,36, à época do lançamento, cuja ciência ocorreu em 26/08/2003.

Conforme consignado às fls. 6/7 e 60, o lançamento decorreu de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Cofins. A contribuinte apresentou sua impugnação de fls. 65/67, em 25/09/03, alegando, em apertada síntese, que teve sua escrita desclassificada por ter auferido receita superior ao limite permitido ao exercício da opção pelo lucro presumido. Por conta da impropriedade do arbitramento do lucro, posto que não está demonstrado nos autos que sua escrita não seria aproveitável como base do lucro real, requer a reforma dos autos de infração do PIS e da Cofins, posto que fundamentados no mesmo levantamento arbitral que serviu de base ao processo matriz de IRPJ.

A DRJ, por unanimidade de votos, julgou procedente o lançamento, cujo Acórdão se encontra assim ementado:

> *"Ementa: BASE DE CÁLCULO.*
>
> *A base de cálculo da Contribuição é o faturamento mensal, considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. A partir de 1999, a base de cálculo é o faturamento mensal, considerado a totalidade da receita bruta da pessoa jurídica.*
>
> *Lançamento Procedente".*

Dentre os argumentos mencionados pela DRJ, cabe destacar o seguinte:

> *"12. A diferença dos valores constantes do levantamento efetuado pela fiscalização, tomou por base o Livro Registro de Apuração do ICMS da empresa, sendo elaboradas as planilhas de 'Composição da Base de Cálculo', fls. 33/37, 'Apuração de Débito', fls. 38/42, 'Pagamentos', fls. 43/45 'Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada', fls. 46/50. A base de cálculo foi encontrada com apoio na escrituração da empresa."*

A contribuinte apresentou tempestivamente, em 26/03/2004, recurso voluntário, fls. 93/123 e anexos de fls. 124 a 3.264, aduzindo que:

a) preliminarmente, é nula a decisão de primeira instância, pois não considerou a argüição de inadequação do arbitramento efetuado e nem determinou a realização de perícia para dirimir a suposta imprestabilidade da escrita fiscal. Não apreciou as provas apresentadas, devendo este processo ficar sobrestado até o julgamento do processo principal de IRPJ;

b) no mérito, é inadequado o arbitramento por ser medida extrema e não foi caracterizado nos autos a imprestabilidade de sua escrita, fato necessário para legitimar a desconsideração;

c) insurge-se contra a base de cálculo e alíquotas utilizadas, fundamentadas na lei nº 9.718/98, flagrantemente ilegal e inconstitucional, a uma por se tratar de lei ordinária alterando lei complementar, a duas por distorcer e alterar os conceitos de receita e faturamento, pugnando a recorrente pela aplicação do conceito de faturamento nos moldes da decisão proferida os autos da ADC nº 1-1/DF;

d) traz aos autos notas fiscais emitidas durante um mês para que, por amostragem, seja comprovado o abuso da exigência ora combatida, feita em descordo com o ordenamento jurídico vigente; e

e) argúi acerca do caráter confiscatório da multa imputada e da inconstitucionalidade da taxa Selic como juros moratórios.

Por fim, requer:

a) que se anule a decisão ora recorrida, em face da flagrante necessidade de perícia, bem como do prévio julgamento do auto de IRPJ; e b) caso não seja acatada a preliminar de nulidade suscitada, que seja julgado improcedente pelas razões anteriormente expostas. Protesta pela juntada de novos documentos, bem como por perícia fiscal.

À fl. 3.268 consta arrolamento de bens, confirmado pelo despacho à fl. 3.356, para seguimento do recurso a esta instância julgadora.

É o relatório.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA

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

Dentre os argumentos aduzidos pela recorrente, encontra-se, em caráter preliminar, a argüição de nulidade da decisão recorrida, por desconsiderar a alegação do arbitramento efetuado.

Não assiste razão à recorrente, pois a DRJ não só abordou o tema como o refutou, de forma objetiva, conforme consta em sua decisão à fl. 86, parágrafo 12, supradito e novamente citado a seguir: '12. A diferença dos valores constantes do levantamento efetuado pela fiscalização, tomou por base o Livro Registro de Apuração do ICMS da empresa, sendo elaboradas as planilhas de 'Composição da Base de Cálculo', fls. 33/37, 'Apuração de Débito', fls. 38/42, 'Pagamentos', fls. 43/45 'Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada', fls. 46/50. A base de cálculo foi encontrada com apoio na escrituração da empresa."

Para que não reste dúvida quanto à impropriedade de tal argumentação, recorre-se ao Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal, à fl. 60, no qual se encontra consignada a ocorrência de arbitramento do lucro no ano-calendário de 2000, decorrente da impropriedade da permanência na opção pela declaração com base no lucro presumido. Como conseqüência, o autuante menciona que, em relação ao IRPJ e à CSLL, as diferenças encontradas serão objeto de lançamento, incluindo-se o arbitramento do lucro no ano de 2000. Porém, não adota a mesma conduta em relação à Cofins e ao PIS, mencionando ter se baseado na escrita fiscal/contábil para sua confecção. Sobre essas contribuições, tece as seguintes considerações, verbis: "Elaboramos um Demonstrativo do Faturamento onde discriminamos as receitas Declaradas na DIRPJ e as Receitas escrituradas na escrita fiscal/contábil"

Corroborando a afirmativa de que a Fiscalização não se utilizou de arbitramento para a elaboração do presente lançamento, às fls. 33/37, encontra-se o relatório "Composição da Base de Cálculo", no qual se observa, além das "Receitas de Vendas", as "Exclusões de Vendas", característica própria da utilização de documentos contábeis para sua produção e inadequado aos casos de arbitramento.

É nítido que o arbitramento somente gerou reflexos nos lançamentos de IRPJ e da CSLL, não se aplicando aos lançamentos da Cofins e do PIS, e a justificativa para tal fato é que "lucro" não se confunde com "faturamento". Enquanto a determinação do IRPJ e da CSLL decorre do "lucro", o "faturamento" se caracteriza como elemento básico na determinação das contribuições para a Cofins e o PIS.

Restando claro que não houve arbitramento na determinação das bases de cálculo da Cofins e do PIS, não há que se cogitar de perícia para dirimir a suposta imprestabilidade da escrita fiscal. Registre-se, entretanto, que, mesmo que fosse o caso de se efetuar uma perícia, tal

pedido não se encontra formulado conforme preceitua o art. 16, IV, § 1º, do Decreto nº 70.235/72 (PAF). As determinações nele contidas dão conta de que o pedido de perícia deve ser feito no momento da impugnação, contendo, obrigatoriamente, os motivos, formulação dos quesitos, e a indicação do perito, sob pena de se considerar como não formulado o pedido que não atender aos requisitos.

Também não prospera o argumento de não apreciação de provas apresentadas, por falta de objeto, posto que a recorrente não as apresentou, limitando-se a apresentar três laudas de impugnação e cópia do auto de infração.

Também não há razão para que este processo fique sobrestado, até o julgamento do processo de IRPJ, visto não se tratar de lançamento decorrente ou reflexo, o qual poderia sofrer influência do julgamento do principal. No presente caso são processos distintos e o seu julgamento encontra-se na competência do Segundo Conselho de Contribuintes, consoante o art. 8º, inciso III, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55/98, com redação dada pelo art. 2º da Portaria MF nº 1.132/2002.

Refutando todos os argumentos aduzidos na preliminar, passo à análise do mérito, deixando de tecer novas considerações quanto ao arbitramento, posto que, conforme demonstrado anteriormente, no presente lançamento este fato não se verifica.

Relativamente ao argumento de a Lei nº 9.718/98 ser ilegal e inconstitucional, os órgãos de julgamento administrativo não podem negar vigência à lei com base em alegações de inconstitucionalidade, pois a norma jurídica emanada do órgão legiferante competente goza de presunção de constitucionalidade que só pode ser elidida pelo Poder Judiciário, no exercício da competência exclusiva que lhe foi conferida pela Constituição Federal (arts. 97 e 102 da CF/88).

Ademais, é defeso a este Colegiado apreciar inconstitucionalidade, à luz do disposto do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, *verbis:*

> *"Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.*
>
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*
>
> *I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;*
>
> *II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;*
>
> *III - que embasem a exigência do crédito tributário:*
>
> *a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou*
>
> *b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."*

Quanto à alegação de a multa de ofício ser inconstitucional pelo seu caráter confiscatório, além do fato de que não compete à autoridade administrativa apreciar a argüição de inconstitucionalidade de lei, a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao

legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, posto que o lançamento é uma atividade vinculada.

Do mesmo modo, a aplicação da taxa Selic como juros moratórios decorre de lei, conforme se demonstrará. A Lei nº 8.981, de 23/01/1995, estabeleceu, no seu art. 84, I, que os juros de mora seriam equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional, relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna. A MP nº 947, de 23/03/1995, em seus arts. 13 e 14, alterou o disposto para juros de mora, estabelecendo que os mesmos seriam equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), com aplicação a partir de 01/04/1995. A MP nº 972, de 22/04/1995, convalidou a Medida Provisória anterior e, finalmente, a Lei nº 9.065 de 21/06/1995, no seu art. 13, reafirmou o art. 13 das duas Medidas Provisórias retromencionadas. Por último, os juros Selic foram ratificados pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 61.

Como se verifica, a adoção da taxa de referência Selic como medida de percentual de juros de mora sobre tributos não pagos nos prazos legais se fez via lei ordinária já reportada, conforme faculta a Lei nº 5.172, de 1966, art. 161, § 1º. Portanto, não é ilegal a sua cobrança e não existe, até a presente data, decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

Ademais, a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, posto que o lançamento é uma atividade vinculada.

Finalmente, quanto às notas fiscais trazidas aos autos, por ocasião do recurso, para que seja comprovado, por amostragem, o abuso da exigência feita em descordo com o ordenamento jurídico vigente, não cabe qualquer providência, a uma por não haver sido apresentada qualquer prova concreta com relação de causa e efeito de um fato que se pretende demonstrar. A duas pela intempestividade do momento de sua apresentação, posto que, conforme dispõe o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, alterado pela Lei nº 9.532/97, *verbis:*

> *"A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:*
>
> *a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
>
> *b) refira-se a fato ou direito superveniente;*
>
> *c) destina-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos."*

Como o caso não se refere a nenhuma das exceções permitidas pelo dispositivo acima citado, admitir qualquer prova após a impugnação seria ferir a referida norma. Ademais, conforme dito anteriormente, a recorrente se limitou a apresentar uma quantidade elevada de notas fiscais de fls. 159 a 3.264, referentes ao mês maio/1999, sem que tivesse a preocupação de demonstrar ou indicar qualquer fato concreto que justifique a necessidade de trazê-las aos autos.

Isto posto, **nego provimento** ao recuso voluntário mantendo a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.

MAURICIO TAVEIRA E SILVA