



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

Processo nº 19647.006072/2004-25
Recurso nº 239.748 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.226 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2010
Matéria COFINS E PIS
Recorrente CNV CENTRAL NACIONAL DE VENDA LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 28/02/2001, 31/03/2001, 31/05/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 30/11/2001, 31/12/2001

ELEMENTOS DE PROVA. OBTENÇÃO ATRAVÉS DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE.

Quando o contribuinte, por qualquer razão, não apresenta os documentos exigidos ou se encontra impossibilitado de fazê-lo é lícito à Administração Tributária requisitá-los de terceiros, desde que o faça em estrita observância aos procedimentos legais e seja garantido ao interessado o pleno exercício de defesa e manifestação sobre eles.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE RESTRITA.

Às autoridades administrativas de julgamento é vedada a manifestação acerca da constitucionalidade de normas válidas e vigentes, à luz do recém introduzido art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, cujas únicas exceções lá se encontram taxativamente indicadas.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO.

A aplicação da multa de ofício e dos juros moratórios à taxa selic encontra amparo na legislação ordinária, falecendo competência a este conselho administrativo para examinar aventada onerosidade destes consectários.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 28/02/2001, 31/03/2001, 31/05/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 30/11/2001, 31/12/2001

ELEMENTOS DE PROVA. OBTENÇÃO ATRAVÉS DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE.

Quando o contribuinte, por qualquer razão, não apresenta os documentos exigidos ou se encontra impossibilitado de fazê-lo é lícito à Administração Tributária requisitá-los de terceiros, desde que o faça em estrita observância aos procedimentos legais e seja garantido ao interessado o pleno exercício de defesa e manifestação sobre eles.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE RESTRITA.

Às autoridades administrativas de julgamento é vedada a manifestação acerca da constitucionalidade de normas válidas e vigentes, à luz do recém introduzido art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, cujas únicas exceções lá se encontram taxativamente indicadas.

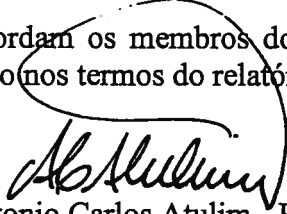
MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO.

A aplicação da multa de ofício e dos juros moratórios à taxa selic encontra amparo na legislação ordinária, falecendo competência a este conselho administrativo para examinar aventada onerosidade destes consectários.

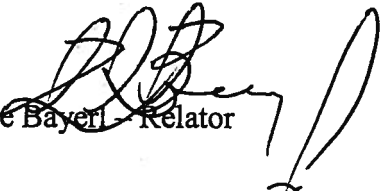
Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



Antonio Carlos Atulim - Presidente



Robson José Bayerl - Relator

EDITADO EM 09/03/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Marcos Tranches Ortiz e Antonio Carlos Atulim. Ausente o Conselheiro Ivan Alegretti.

Relatório

Cuida-se de lançamento de PIS/Pasep e Cofins originado de diferenças apuradas entre os valores levantados pela fiscalização e aqueles declarados/pagos pelo contribuinte.

Relatam os autos que a epigrafada pessoa jurídica, devidamente intimada a apresentar seu documentário fiscal, informou da impossibilidade de fazê-lo porquanto vitimada por invasão domiciliar promovida por membros de movimento social, que depredaram suas

instalações, inclusive escritórios, ocasionando a destruição total dos elementos de natureza contábil e fiscal exigidos pelo Fisco.

Para fazer prova de suas alegações juntou cópias de matérias jornalísticas noticiando o ocorrido, boletins de ocorrência policial e provimentos judiciais possessórios exarados tocantes à invasão.

Diante de tal quadro e não sendo possível a reconstituição do acervo documental, a Administração Tributária solicitou a órgãos públicos do Estado de Pernambuco que enviassem cópias das notas fiscais de aquisição e respectivos comprovantes de quitação das operações comerciais realizadas junto à empresa autuada.

De posse de aludida documentação verificou-se a divergência objeto da autuação, porquanto o contribuinte, nada obstante haver realizado operações com as Secretarias de Educação e de Defesa Social do Estado de Pernambuco e com a Empresa de Melhoramentos Habitacionais do mesmo Estado, informou em suas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF's que nada devia a título destas contribuições.

Promovida a ciência do procedimento, o contribuinte protocolou impugnação contestando o feito, ao argumento que i) não havia prova da ocorrência do fato gerador, mas meros indícios, imprestáveis a sustentar o lançamento; ii) que a Lei nº 9.718/98 ao instituir novo conceito de faturamento e elevar a alíquota da Cofins incorreu em inconstitucionalidade amplamente reconhecida por farta jurisprudência; iii) que a cobrança da taxa selic é, também, inconstitucional e ilegal, por derivar de atos administrativos do Banco Central do Brasil e, a um só tempo, agregar “taxa de juros reais e taxa de inflação” (*sic*), citando jurisprudência e doutrina; e, iv) que a multa de ofício possui caráter confiscatório, pugnando, afinal, pela improcedência do lançamento.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE, examinou e profligou individualmente todas as alegações coligidas pela recorrente, em acórdão assim ementado:

“BASE DE CALCULO.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento do mês, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, entendendo-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada, com as exclusões previstas em lei.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

ENCARGOS LEGAIS. JUROS DE MORA E MULTA DE OFÍCIO.



Os juros de mora e a multa de ofício exigidos no Auto de Infração estão previstos nas normas válidas e vigentes à época da constituição do respectivo crédito tributário.

MULTA DE OFÍCIO. AMPARO LEGAL.

A multa a ser aplicada em procedimento ex-officio é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie."

Inconformado com a decisão supra foi ajuizado recurso voluntário onde é repleta toda a sustentação já deduzida em sede impugnatória, com acréscimo de novo ponto ao debate, a saber, a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo de indigitadas contribuições sociais, referenciando doutrina favorável à sua pretensão, bem assim, suposta manifestação pretoriana recentemente julgada, como *leading case* (Recurso Extraordinário 240.785-2/MG, Min. Marco Aurélio).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Examinarei as matérias sustentadas na sequência em que apresentadas. Neste passo, rechaço, de pronto, a alegação que o agente autuante teria se baseado em meros indícios para confecção do lançamento. Em absoluto! Os elementos de prova são, a meu sentir, cabais: as cópias das notas fiscais de fornecimento e os extratos de quitação apresentados pelos órgãos públicos estaduais adquirentes.

O critério material das contribuições em comento é o ato de auferir faturamento, isto é, a obtenção de receitas de vendas de mercadorias e prestação de serviços, abstraída aqui a alteração quanto ao requestado alargamento da base de cálculo, o que se verá adiante em momento oportuno, concretizando-se pela tão-só emissão da respectiva nota fiscal, sendo despidendo comprovar o recebimento por essa operação.

Noto que no caso em tela houve, inclusive, a comprovação dos pagamentos, fartamente demonstrada sua ocorrência pelos documentos fiscais anexados ao processo, que, aliás, o contribuinte não ousou contestar.

Com efeito, em momento algum foi afirmado que as operações não ocorreram ou mesmo que aludidos elementos não são verdadeiros, limitando-se o recorrente a afirmar vagamente que são meros indícios, porquanto, em suas palavras, "para evidenciar o fato gerador da COFINS haveria o AFRFB de demonstrar qual a receita omitida, comprovando à luz da contabilidade da recorrente ou de documentos que, efetivamente, comprovassem o fato gerador".

Ora, os documentos foram apresentados, ainda que não pelo próprio contribuinte, até porque, afirmou expressamente que não os possuía. Com a devida vênia, não é

crível ou admissível que possa ser decretada a nulidade do auto de infração, ou mesmo a exoneração do crédito tributário, como prega o recorrente, quando a documentação não tenha sido por ele fornecida, mas obtida por outros meios, em procedimento legalmente agasalhado.

Raciocinar de maneira distinta levaria a situações completamente inusitadas e esdrúxulas, para dizer o mínimo, podendo-se exemplificar com a situação do contribuinte que, querendo furtar-se de seus compromissos fiscais, desaparece com seus livros e documentos no intuito de impedir a Administração Tributária de cumprir seu dever: segundo a ótica defendida, nesta singela hipótese, o fictício contribuinte estaria livre de qualquer ação fiscal, premiado pela própria torpeza, uma vez que, não possuindo os documentos exigidos pela lei, não poderia o Fisco adotar qualquer providência para exigir o crédito tributário porventura devido, ficando à mercê da vontade alheia. Definitivamente, as coisas não se passam dessa forma.

Mais uma vez, os documentos foram obtidos de forma legal, ainda que por intermédio de terceiros, de vez que o contribuinte afirmou não os possuir, não havendo nesse proceder qualquer preterição ao seu direito de defesa, pelo contrário, foram garantidas todas as possibilidades recursais previstas no processo administrativo fiscal.

Portanto, quando à falta de prova a fundamentar o lançamento, reputo improcedente o inconformismo. Os autos estão em devida instrução e forma, demonstrando, sim, a ocorrência dos combatidos fatos geradores.

No que concerne à exclusão do ICMS da apuração das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, em que pese a preclusão consumativa de sua alegação, também não vejo como acolher o pleito, porquanto, para fazê-lo, deveria negar aplicação à Lei nº 9.718/98, que arrola taxativamente as deduções da receita, o que é vedado pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, observadas apenas as ressalvas nele contidas, o que não é a hipótese.

Neste átimo, pertinente esclarecer o equívoco incorrido pelo contribuinte ao sustentar que o Supremo Tribunal Federal teria reconhecido referido abatimento em recente decisão exarada no Recurso Extraordinário 240.785-2/MG, em voto da lavra do Min. Marco Aurélio.

Dessarte, em consulta realizada no sítio virtual daquele egrégio tribunal, na data de 26/11/2009, verifiquei que o mesmo se encontra pendente de julgamento, suspenso por pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, e agora, sob certo aspecto, sobrestado pelo exame da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, que trata da mesma matéria.

Apenas para situar a questão, reproduzo notícias extraídas do informativo publicado por aquele tribunal, que representa a transcrição das notas taquigráficas tomadas das suas sessões de julgamento:

"O Tribunal iniciou julgamento de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República que tem por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98 ("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: I – as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre



Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário."). Pretende-se, na espécie, com essa declaração, legitimar-se a inclusão, na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos e serviços, desde que não se trate de substituição tributária. Inicialmente, resolvendo a questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de se prosseguir com o julgamento do RE 240785/MG (v. Informativo 437), e não de se iniciar o da ADC, tendo em conta o disposto no art. 138 do RISTF ("Preferirá aos demais, na sua classe, o processo, em mesa, cujo julgamento tenha sido iniciado."), o Tribunal, por maioria, considerando que o referido dispositivo regimental faz menção à preferência entre processos de mesma classe, deliberou pela precedência do julgamento da ADC. O Min. Celso de Mello, no ponto, ressaltou que o caráter objetivo do processo de fiscalização abstrata importaria e justificaria a precedência do julgamento da ADC em face de um processo de índole meramente subjetiva, sobretudo se considerada a natureza, a extensão e a vinculatividade da decisão que emerge dos processos de controle normativo abstrato. Vencidos, no ponto, o suscitante e os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que o acompanhavam. Em seguida, o Min. Menezes Direito rejeitou a preliminar de não-conhecimento da ação, alegada ao fundamento de inconstitucionalidade superveniente ante a modificação substancial da redação original do art. 195, da CF, pela EC 20/98. O relator entendeu não ter havido alteração substancial do parâmetro de controle de constitucionalidade, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Após, pediu vista dos autos o Min. Marco Aurélio. ADC 18 MC/DF, rel. Min. Menezes Direito, 14.5.2008.(ADC-18) (Informativo nº 506 do STF)

O Tribunal retomou julgamento de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República que tem por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98 ("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: I – as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário."). Pretende-se, na espécie, com essa declaração, legitimar-se a inclusão, na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos e serviços, desde que não se trate de substituição tributária — v. Informativo 506. O Tribunal, após rejeitar todas as preliminares suscitadas, deferiu, por maioria, a medida cautelar para

determinar que juízos e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos os processos em andamento nesta Corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Reconheceu-se haver uma clara divergência de interpretação quanto ao dispositivo em questão em todo o território nacional, o que recomendaria, por uma questão de segurança jurídica, a paralisação das demandas em curso que tratam do tema. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que indeferiam a cautelar. ADC 18 MC/DF, rel. Min. Menezes Direito, 13.8.2008. (ADC-18) (Informativo nº 515 do STF)"

Respeitante ao recurso extraordinário em tela, a última decisão nele proferida trata da prorrogação do prazo de suspensão prevista no art. 21 da Lei nº 9.868/99, *verbis*:

"O Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Gilmar Mendes, prorrogou o prazo da decisão da liminar, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Plenário, 16.09.2009."

Como se observa, o paradigma trazido não se presta a configurar a exceção veiculada no prefalado art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72.

Quanto às objeções de constitucionalidade levantadas, é sólida a jurisprudência deste colégio no sentido de rejeitar a possibilidade de tal alteração nesta seara, em razão do princípio da unidade de jurisdição, consoante verbete da súmula CARF nº 2 ("O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.")

Todavia, a já adrede referenciada Lei nº 11.941/09, alterando a redação de alguns dispositivos do Decreto nº 70.235/72, mitigou o rigor desta regra e excepcionou aquelas situações em que já houvesse decisão plenária de caráter definitivo sobre a matéria em discussão no processo administrativo.

Neste passo, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do assunto envolvendo as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 e concluiu pela sua parcial inconstitucionalidade, mormente quanto ao conceito de faturamento, em manifestação que reproduzo¹:

**BASE DE CÁLCULO DA COFINS E
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI
9.718/98**

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do

¹ Página virtual do STF: www.stf.jus.br. Repercussão Geral. Matéria com mérito julgado. Consulta realizada em 23/11/2009.

processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.
Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

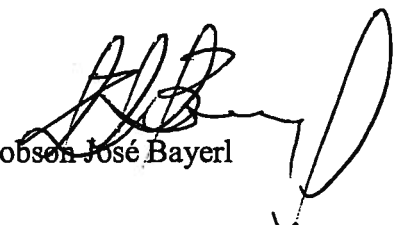
Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde se vislumbra a definitividade deste posicionamento, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Contudo, estas considerações em nada aproveitam o recorrente, uma vez que toda receita autuada é fruto de vendas efetuadas e/ou serviços prestados a órgãos públicos e/ou empresas públicas do Estado de Pernambuco, aí não se incluindo qualquer outra receita que possa subsumir ao conceito extensivo de faturamento.

Por derradeiro, quanto à pretensa inconstitucionalidade/ilegalidade dos juros de mora calculados à taxa selic ou o caráter confiscatório da multa de ofício, valho-me uma vez mais do decantado art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 para afastar seu exame, eis que tais consectários encontram-se devidamente respaldados no arts. 61, § 3º e 44, I, ambos da Lei nº 9.430/96, impondo a sua observância pelas autoridades administrativas.

Não obstante, cito a súmula CARF nº 4 consoante a qual “a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”

Em face de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto.


Robson José Bayerl

