



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

Processo nº 19647.006669/2005-51
Recurso nº 134.969 Voluntário
Acórdão nº 2101-00.002 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de maio de 2009
Matéria Auto de Infração - PIS
Recorrente PADRÃO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS E EQUIPAMENTOS
HOSPITALARES PADRE CALLOU LTDA.
Recorrida DRJ em Recife - PE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. LEI Nº 9.718/98. ART. 3º, § 2º, INCISO III. REPASSE DE RECEITA A OUTRA PESSOA JURÍDICA. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO. NORMA INEFICAZ.

A norma legal dependente de regulamento não é auto-executável. A revogação da norma antes de sua regulamentação impede a sua eficácia plena.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA. PRAZO. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO STF. EXTENSÃO ADMINISTRATIVA.

Ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, em 11/06/2008, e ao fixar os efeitos modulatórios da referida decisão, o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91. Assim, a teor do disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, havendo pagamento parcial, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente às eventuais diferenças de PIS extingue-se em cinco anos contados da data de ocorrência do fato gerador, conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. AMPLIAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Ao julgar os recursos extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, em 09/11/2005, o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins por meio de lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação constitucional ao confisco é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu. A vedação prevista no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal restringe-se ao valor do tributo ou contribuição, de forma que a exigência de multa de ofício prevista em lei não se reveste de caráter confiscatório.

No lançamento de ofício decorrente da falta de recolhimento de tributo federal é cabível a aplicação da multa de 75%, prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária. (Súmula nº 2, do 2º Conselho de Contribuintes).

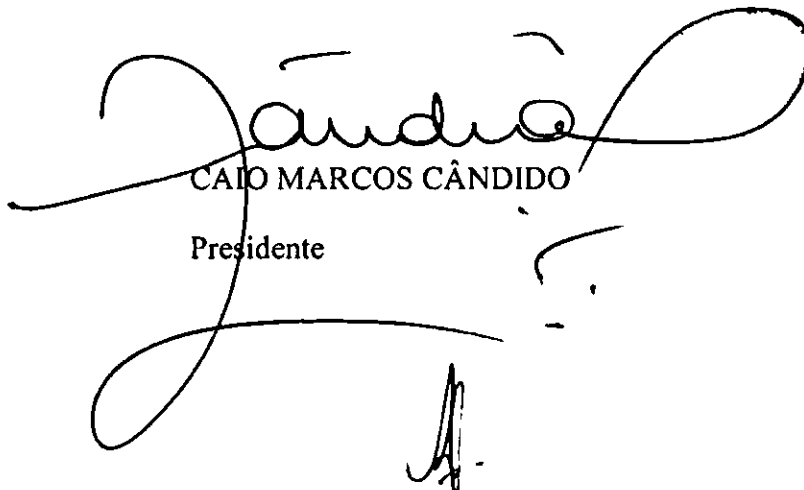
JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO.

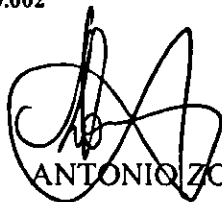
É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais. (Súmula nº 3, do 2º Conselho de Contribuintes).

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **1ª câmara / 1ª turma ordinária** da segunda seção de julgamento, por unanimidade de votos: a) em rejeitar o pedido de perícia; e b) excluir, de ofício, do lançamento os valores relativos aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2000, em face da decadência. No mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para: 1) excluir da base de cálculo da contribuição relativa aos fatos geradores de junho de 2000 a novembro de 2002 as receitas escrituradas sob o título Outras Receitas nos demonstrativos de fls. 294/298; 2) excluir do lançamento relativo aos meses de agosto a setembro de 2003 os créditos apurados pela empresa na DACON original, nos valores de R\$ 12.816,64, R\$ 14.277,02, R\$ 9.924,98, R\$ 10.487,39, R\$ 12.661,39, respectivamente; e 3) excluir do lançamento os valores da contribuição retida na fonte R\$ 731,80, R\$ 273,70, R\$ 224,12, R\$ 23,88, R\$ 94,00 e R\$335,05, respectivamente nos meses de dez/2000, dez/2001; jan/2003; maio/2003; jun/2003 e out/2003.


CAIO MARCOS CÂNDIDO
Presidente



ANTONIO ZOMER

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Antônio Lisboa Cardoso, Antonio Carlos Atulim, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 321/325, lavrado para exigência da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, relativa a fatos geradores ocorridos no período janeiro de 2000 a dezembro de 2003, decorrente de diferenças apuradas em procedimento de Verificações Obrigatórias, que consiste na comparação dos valores escriturados com aqueles pagos ou declarados pela contribuinte.

A ciência do auto de infração foi dada em 27/06/2005.

Irresignada, a autuada apresentou a impugnação de fls. 365/380, requerendo a improcedência do lançamento, com base nas seguintes alegações:

- a ampliação da base de cálculo do PIS, procedida pela Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional, devendo a contribuição incidir unicamente sobre o faturamento. Desta forma, devem ser excluídas do lançamento as parcelas decorrentes das receitas financeiras, variação monetária, receitas de mútuo, etc.;

- o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 deixa claro a intenção do legislador de atribuir caráter não-cumulativo à contribuição para o PIS e à Cofins, na medida em que determina a exclusão da base de cálculo dos valores transferidos para outras pessoas jurídicas. Entretanto, a sistemática da não-cumulatividade não foi respeitada pela fiscalização;

- o percentual de 75% da multa é confiscatório, devendo ser aplicada, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a multa máxima de 20%;

- a imposição de juros calculados pela taxa Selic é inconstitucional.

Requer, ainda, que, em caso de dúvida, a norma jurídica seja interpretada da forma mais favorável à defendente, tendo em vista o disposto no art. 112 do CTN, e protesta pela produção de todos os meios de provas permitidas em direito, inclusive juntada posterior de provas, bem como perícia e diligência.

A DRJ em Recife – PE julgou o lançamento procedente, conforme Acórdão DRJ/REC nº 14.254, de 12/12/2005, constante às fls. 399/403, assim ementado:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2000 a 28/02/2001, 01/04/2001 a 30/11/2002, 01/01/2003 a 31/05/2003, 01/07/2003 a 31/12/2003



Ementa: EXIGÊNCIA LEGAL. CONTRIBUIÇÃO E ACRÉSCIMOS LEGAIS.

O PIS e os acréscimos legais exigidos no Auto de Infração estão previstos nas normas válidas e vigentes à época da constituição do respectivo crédito tributário.

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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERÍCIAS/DILIGÊNCIAS.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS.

As provas devem ser apresentadas na forma e no tempo previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Lançamento Procedente”.

No recurso voluntário, a contribuinte reforça e repisa as mesmas razões de defesa, acrescentando que a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins foi declarada inconstitucional pelo STF, quando do julgamento dos RE nºs 357.950/RS e 346.084/PR, em 09/11/2005.

Ao final, requer a reforma da decisão recorrida e a improcedência da denúncia fiscal.

O recurso foi apreciado por este Colegiado na sessão de 27 de fevereiro de 2007, ocasião em que o julgamento foi convertido em diligência à repartição de origem, conforme Resolução nº 202-01.097, constante às fls. 457/461, para que fosse examinada a pertinência das glosas de vários valores deduzidos pela empresa, basicamente a título de contribuição retida por órgãos públicos.

Vieram aos autos, então, os documentos de fls. 463/835, estando entre eles o Termo de Diligência Fiscal de fls. 810/819, no qual o Auditor-Fiscal descreve detalhadamente o procedimento realizado, concluindo pela manutenção integral do lançamento.

Cientificada da diligência, a recorrente apresentou a petição de fls. 821/835, alegando que a diligência não foi realizada a contento, pois o fiscal não teria levado em conta a documentação por ela apresentada, pugnando, por fim, pelo cancelamento integral do auto de infração.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO ZOMER, Relator

O recurso é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais para ser admitido, pelo que dele conheço.

As alegações da recorrente são: 1) inconstitucionalidade da tributação das receitas incluídas na base de cálculo pela Lei nº 9.718/98, tais como receitas financeiras, bonificações, variações monetárias e receitas de mútuos; 2) falta de exclusão das receitas repassados a terceiros, no cálculo da contribuição não-cumulativa, conforme previsto no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998; 3) confiscatoriedade da multa de 75%; e 4) inconstitucionalidade da cobrança de juros com base na taxa Selic.

Além destas, há que se examinar as questões que motivaram a realização da diligência, bem como a decadência parcial do lançamento. As informações coletadas no procedimento de diligência serão analisadas nos tópicos em que houver pertinência.

1 - Do prazo decadencial para o lançamento das contribuições sociais

Embora a recorrente não tenha levantado a preliminar de decadência em grau de impugnação ou recurso, tem-se que a mesma, por ser esta matéria de ordem pública, deve ser conhecida e apreciada independentemente de pedido da parte. Isto porque o processo administrativo decorre do poder hierárquico que vincula os entes administrativos e do princípio da legalidade, e não de um direito da administração em face do contribuinte. Neste contexto, o processo administrativo tem por objetivo a atuação da vontade concreta da lei e não a realização da vontade da administração¹.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 11/06/2008, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Ao fixar os efeitos modulatórios da referida decisão, na sessão de 12/06/2008, o STF determinou que ela se aplica a todos os casos em que os contribuintes tenham ajuizado ações até o dia 11/06/2008 ou que apresentaram pedido de restituição, bem como àqueles em que os contribuintes se encontrassem na situação de devedores da União. Conseqüentemente, a decisão alcança todos os processos em julgamento no âmbito dos Conselhos de Contribuintes.

Na mesma data da declaração de inconstitucionalidade, o STF editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada no Diário Oficial da União do dia 20/06/2008, com o seguinte teor:

"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário."

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; SOUZA, Gustavo Emilio Contrucci A. de. Verdade Material no "Processo" Administrativo Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Processo Administrativo Fiscal. São Paulo: Dialética, 1998. p. 145.

Desta forma, a partir da decisão do STF, a decadência de todas as contribuições sociais deve ser apreciada com fulcro nas regras estatuídas pelos arts. 150, § 4º e 173, I, da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional – CTN.

No presente caso, em que houve pagamentos parciais por parte da contribuinte, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente às eventuais diferenças da Cofins e do PIS extingue-se em cinco anos, contados da data de ocorrência de cada fato gerador, conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

Portanto, como a ciência do auto de infração se deu em 27/06/2005, não pode subsistir nenhuma exigência decorrente de fatos geradores ocorridos antes de 27/06/2000.

2) Do lançamento decorrente de receitas incluídas na base de cálculo pela Lei nº 9.718/98

Examinando os demonstrativos de apuração da base de cálculo, fls. 294/305, constata-se que a insuficiência de recolhimento detectada pelo Auditor-Fiscal no período de janeiro de 2000 a novembro de 2002 decorre, em parte, da ampliação da base de cálculo imposta pela Lei nº 9.718/98.

O dispositivo legal que embasa o lançamento sobre as receitas financeiras - art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 -, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, quando foram julgados os Recursos Extraordinários nºs 346.084, 357.950 e 390.840. O pleno do STF julgou inconstitucional a ampliação do conceito de faturamento para abarcar a totalidade das receitas da contribuinte, por entender que a majoração da base de cálculo da contribuição por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

A partir dessas decisões, o STF vem aplicando reiteradamente a mesma interpretação em seus julgados, conforme demonstram, por exemplo, as seguintes ementas:

"1. Recurso extraordinário. 2. PIS - Programa de Integração Social. Alteração da base de cálculo. Conceito de faturamento. Lei nº 9.718/98 e Lei Complementar nº 07/70. 3. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 388830 / RJ. Relator: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 14/02/2006)

"1. Recurso extraordinário: inépcia: inoportunidade. Histórico da causa e demonstração do cabimento do recurso - que, na hipótese da alínea a, se confunde com "as razões do pedido de reforma da decisão recorrida" - suficientemente delineados nas razões da recorrente, possibilitando a perfeita compreensão da controvérsia. 2. COFINS: base de cálculo: L. 9.718/98, art. 3º, § 1º: inconstitucionalidade. Ao julgar os RRE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. (RE-AgR 308882 / PR. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 14/03/2006)

"AÇÃO CAUTELAR. Tributo. Contribuição social. COFINS. Majoração da alíquota. Art. 8º da Lei nº 9.718/98. Pretensão de outorga de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Norma declarada constitucional pelo Supremo. Agravo improvido. Não se admite tutela cautelar de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário que argui inconstitucionalidade de norma que o Supremo reputou constitucional. (AC-AgR 892 / SP. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/02/2006)

A definitividade da decisão do STF é comprovada pela proposta de edição de Súmula Vinculante que se encontra em tramitação naquela corte, com o seguinte teor, *verbis*:

"Enunciado: 'É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.'

Precedentes: RE nº 346.084 Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.09.2006; RE nº 357.950, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006; RE nº 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006; RE nº 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006."

Para regulamentar as situações assemelhadas a esta, o Poder Executivo expediu o Decreto nº 2.34697, que assim dispôs, no seu art. 4º, parágrafo único, *verbis*:

"Art. 4º ...

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal."

O art. 1º do referido decreto tornou vinculante para a Administração Pública as decisões definitivas do STF que fixem a interpretação do texto constitucional, enquanto que o parágrafo único do art. 4º, supratranscrito, impõe aos órgãos administrativos de julgamento o afastamento da norma declarada inconstitucional nos casos pendentes de julgamento.

Desta maneira, em relação à incidência cumulativa da contribuição para o PIS, cancela-se a parte do lançamento relativo ao período de janeiro de 2000 a novembro de 2002, no que for decorrente das receitas escrituradas sob o título Outras Receitas nos demonstrativos de fls. 294/298.

3) Da alegação relativa à desconsideração da exclusão prevista no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998

Alega a recorrente que a fiscalização, ao apurar a contribuição devida, não respeitou o disposto no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998.



Não tem razão a recorrente. O dispositivo citado, para ter eficácia, precisava ser regulamentado, como se pode ver na transcrição *ipsis litteris* do referido texto legal:

"Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde às 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

[...]

III – os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo."
(destaquei)

A regulamentação, entretanto, nunca foi efetuada pelo Poder Executivo. Ao contrário, o inciso III retrotranscrito foi revogado pelo art. 47, inc. IV, b, da Medida Provisória nº 1991-18, de 09/06/2000. A partir destes fatos, a jurisprudência do Segundo Conselho de Contribuintes consolidou-se no sentido de que o referido dispositivo nunca foi eficaz, como demonstra a ementa do Acórdão nº 201-79.009, de 25/01/2006), redigida nos seguintes termos:

"[...] PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS. NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA À REGULAMENTAÇÃO. A norma legal que, condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo, previa a exclusão da base de cálculo da contribuição de valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos a outras pessoas jurídicas, tendo sido revogada previamente à sua regulamentação, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, portanto, não produziu efeitos. Recurso negado."

Este mesmo entendimento foi adotado pelo STJ, ao julgar o Resp nº 445.452-RS, relatado pelo Min. José Delgado, cujo acórdão foi assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.

1. Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000. Não comete violação ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional o decisório que em decorrência deste fato, não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação



dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

2. 'In casu', o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

3. Recurso Especial desprovido."

Sendo assim, não resta dúvida de que o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não ampara as exclusões pretendidas pela recorrente.

Na regime de não-cumulatividade do PIS, instituído pela Lei nº 10.637/2002, aplicável aos fatos geradores posteriores a novembro de 2002, alcançando, no presente caso, os períodos de apuração de dezembro de 2002 a dezembro de 2003, a contribuição foi apurada pela fiscalização segundo os dados informados pela empresa nas respectivas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, conforme se vê às fls. 89 e 107-v a 119 dos autos.

Nas referidas declarações, a contribuinte não indicou qualquer valor nas linhas correspondentes à dedução dos créditos previstos na Lei nº 10.637/2002. A não dedução de créditos nas DIPJ foi levada em conta pela fiscalização, que calculou a contribuição da mesma forma que a contribuinte.

No ano de 2003, a partir do mês de agosto, a empresa passou a excluir da base de cálculo, o valor correspondente às compras de mercadorias para revenda. Esta questão foi investigada pelo fiscal diligenciador, que concluiu ser procedente a glosa efetuada no auto de infração, pois não há fundamento legal para as pretendidas exclusões.

Ademais, informa o Auditor-Fiscal que a empresa, durante o procedimento de diligência, retificou a DIPJ anterior, zerando as linhas correspondentes àquelas exclusões, o que significou a sua concordância com a referida glosa.

Ao se manifestar sobre o resultado da diligência, a recorrente reclama que o Auditor-Fiscal acatou a retificação das exclusões, porém não levou em contas os créditos apontados por ela na declaração retificadora e no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais – Dacon, também retificador.

Os créditos apurados em declarações entregues após o início de ação fiscal não serão levados em conta pela fiscalização, posto que a contribuinte não tem mais espontaneidade para pleitear tal benefício. De igual modo, estes créditos não podem ser pleiteados após a efetivação do lançamento, ou seja, não há como dar guarida à pretensão da recorrente de descontar do auto de infração os créditos apurados nas declarações retificadoras entregues durante o procedimento de diligência.

No entanto, há que se reconhecer à empresa o direito de descontar os créditos apurados no Dacon original, entregue em 31/03/2004, fls. 767/782, antes do início do procedimento fiscal. Neste demonstrativo, houve a apuração de créditos por parte da empresa apenas nos meses de agosto a dezembro de 2003. Todavia, ao invés de descontar os referidos créditos, tanto no Dacon como na DIPJ, a contribuinte, erroneamente, excluiu da base de



cálculo da contribuição, nos referidos meses, o valor das compras com direito a crédito, como se pode ver na Ficha 21 da declaração, fls. 117/119 e no Dacon original, às fls. 774/782.

Os valores lançados na DIPJ, nos meses de agosto e setembro de 2003, são levemente superiores aos utilizados no Dacon, devendo prevalecer estes últimos. Nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2003, os valores lançados na DIPJ e no Dacon são perfeitamente coincidentes. Ao excluir da receita bruta a base de cálculo dos créditos, ao invés de descontar os créditos da contribuição apurada, a contribuinte incorreu em erro de fato, passível de ser sanado por este órgão julgador.

Desta forma, devem ser descontados do lançamento relativo aos meses de agosto a setembro de 2003 os créditos apurados pela empresa no Dacon original, nos valores de R\$ 12.816,64, R\$ 14.277,02, R\$ 9.924,98, R\$ 10.487,39, R\$ 12.661,39, respectivamente.

4 – Das demais glosas que motivaram a diligência

Uma das questões principais que levaram a realização da diligência foi a desconsideração, pelo Fisco, de vários valores informados pela empresa nas DIPJ como tendo sido retidos na fonte por órgãos públicos.

No procedimento de diligência, o Auditor-Fiscal aduz que a glosa deve ser mantida porque a empresa não consegue demonstrar que tributou as receitas que teriam gerado a referida retenção, uma vez que não contabilizou as receitas em partidas individualizadas.

Na manifestação sobre a diligência, a empresa alega que apresentou os documentos contábeis que amparam o seu direito de compensar a contribuição retida na fonte, razão porque não teria fundamento a glosa efetuada. Reclama, também, que o fiscal nem se deu ao trabalho de consultar os sistemas internos da Receita Federal para verificar se as retenções foram informadas em DIRF.

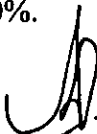
Com relação à individualização das receitas, a razão cabe ao Fisco. O regulamento do imposto de renda exige que a escrituração seja individualizada. Sem ela, a comprovação da retenção na fonte fica dificultada. A empresa poderia apresentar os documentos que serviram de base para a contabilização da contribuição supostamente retida, fornecidos pelas respectivas fontes pagadoras, mas não o fez, apesar de intimada e reintimada para assim proceder.

Por outro lado, cabia ao Fisco verificar se os valores informados nas DIPJ correspondem aos valores informados pelas fontes pagadoras à RFB, por meio das respectivas DIRF.

Diante destes fatos, entendo que os valores da contribuição retida na fonte informados pela contribuinte nas respectivas DIPJ devem ser deduzidos do lançamento. Nesta situação estão os seguintes: dez/2000: R\$ 731,80; dez/2001: R\$ 273,70; jan/2003: R\$ 224,12; maio/2003: R\$ 23,88; jun/2003: R\$ 94,00; e out/2003: R\$ 335,05.

5 – Da alegação de que a multa de ofício de 75% é confiscatória

Alega a recorrente que a multa aplicada tem caráter confiscatório, devendo ser aplicada, apenas, a multa de 20%.



A Constituição, ao estatuir o princípio do não-confisco, refere-se exclusivamente a tributo, termo que, conforme definido no art. 3º do CTN, não comporta as penalidades. Assim, não há disposição legal ou constitucional que dê amparo à reclamação da recorrente, como tem decidindo o Conselho de Contribuintes, bastando ver as seguintes ementas:

"[...] MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DIREITO PRIVADO. CONCEITOS. INAPLICABILIDADE. Inexiste na multa efeito de confisco, visto haver previsão legal (art. 4.º, da Lei n.º 8.218/91). (...). Não se aplica o art. 920, do Código Civil, ao caso, porquanto a multa possui natureza própria, não lhe sendo aplicáveis as restrições impostas no âmbito do direito privado. A exclusão da multa ou a sua redução somente ocorrem com suporte na legislação tributária (Precedente do Egrégio STJ). [...]" (Ac. nº 107-07.418, de 05/11/2003).

"[...] MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu. [...]" (Ac. nº 201-77.533, de 16/03/2004).

"NORMAS TRIBUTÁRIAS. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. EFEITO DE CONFISCO. A multa de ofício tem natureza punitiva, motivo pelo qual não se lhe aplica o art. 150, VI, da Constituição, que contempla o princípio do não confisco em relação a tributos.[...]" (Ac. nº 202-17.696, de 25/01/2007).

A vedação constitucional ao confisco 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, sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos gerados pelo seu ato, pois o lançamento é atividade vinculada e obrigatória, conforme dispõe o parágrafo único do art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/66).

Assim, não há que se falar em confisco com relação à multa aplicada de 75%, já que legalmente prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

6 - Da arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da legislação tributária e da insurgência contra a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic

A cobrança de juros de mora com base na taxa Selic foi considerada legal pelo Segundo Conselho de Contribuintes, até porque não cabe ao julgador administrativo apreciar a inconstitucionalidade de disposição legal.

Estas matérias foram, inclusive, sumuladas pelo referido Conselho, sendo bastante, para rebater as alegações da recorrente, a transcrição do enunciado das Súmulas nºs 2 e 3, *verbis*:



"Súmula nº 2 - O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."

"Súmula nº 3 - 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."

Sendo assim, correta a exigência dos juros de mora com base na taxa Selic.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para;

1) excluir do lançamento os valores relativos aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2000, em face da decadência;

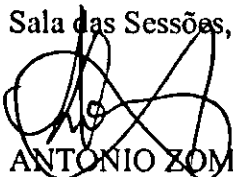
2) excluir da base de cálculo da contribuição cumulativa, relativa aos fatos geradores de junho de 2000 a novembro de 2002, as receitas escrituradas sob o título Outras Receitas nos demonstrativos de fls. 294/298;

3) excluir do lançamento relativo aos meses de agosto a setembro de 2003 os créditos apurados pela empresa no Dacon original, nos valores de R\$ 12.816,64, R\$ 14.277,02, R\$ 9.924,98, R\$ 10.487,39, R\$ 12.661,39, respectivamente;

4) excluir do lançamento os valores da contribuição retida na fonte nos meses de dez/2000 (R\$ 731,80); dez/2001 (R\$ 273,70); jan/2003 (R\$ 224,12); maio/2003 (R\$ 23,88); jun/2003 (R\$ 94,00) e out/2003 (R\$ 335,05).

Sobre a parte remanescente do crédito tributário, mantém-se a exigência da multa de ofício de 75% e os juros de mora legais, calculados com base na taxa Selic.

Sala das Sessões, em 06 de maio de 2009.


ANTONIO ZOMER

