



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

Processo n° 19647.019802/2008-81
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° **3301-01.211 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de novembro de 2011
Matéria COFINS - AI
Recorrente TRANSPORTADORA SJ COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2003

LANÇAMENTO. NULIDADE.

É válido o procedimento administrativo fiscal desenvolvido em conformidade com os ditames legais.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA.

Reconhecida pelo julgador ser prescindível ao deslinde do litígio, rejeita-se o pedido de diligência para realização de perícia contábil.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2003

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO.

A base de cálculo da Cofins com incidência cumulativa é o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, excluídas outras receitas, inclusive, financeiras.

DIFERENÇAS. VALORES DECLARADOS/ESCRITURADOS.

As diferenças apuradas entre os valores da contribuição declarados nas respectivas DCTFs e os efetivamente devidos com base na escrituração contábil estão sujeitos a lançamento de ofício, acrescidas das cominações legais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2003

JUROS DE MORA À TAXA SELIC.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O agravamento do percentual da multa de ofício de 75,0% para 150,0% está condicionado à demonstração e prova nos autos de que a recorrente cometeu fraude no pagamento do tributo.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva, Fábio Luiz Nogueira, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão proferida pela DRJ Recife que julgou procedente o lançamento da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com incidência cumulativa referente ao período de competência de janeiro de 1999 a junho de 2003.

O lançamento decorreu de diferenças entre os valores da contribuição, declarados nas respectivas DCTFs e/ ou pagos e os efetivamente devidos apurados com base na escrita fiscal e contábil, conforme consta da descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 10/12.

Inconformada com a exigência do crédito tributário, a recorrente impugnou o lançamento, alegando razões que foram assim resumidas por aquela DRJ:

“- o cerne da questão consiste no fato de que o Auditor Fiscal baseou-se em erros de preenchimentos em informações, ou seja, meros Erros de Fato, partindo, assim, de uma premissa irreal que o induziu ao erro quando do procedimento fiscal;

- a aplicabilidade da multa no percentual de 150% possui caráter de confisco, acima do permissivo legal e a incidência da Taxa SELIC não traduz em incidência de juros legais, além da sua característica nitidamente remuneratória e sua previsão no art. 161 do CTN, constituindo-se ilegalidade e inconstitucionalidade;

- é cediço, na doutrina e jurisprudência, que compete aos órgãos Administrativos deixar de aplicar lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal, podendo e devendo a autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, implicar a lei por considerá-la inconstitucional.

Conclui protestando pela juntada posterior de outros documentos, a fim de que fique completamente provada a improcedência do presente Auto de Infração e do seu valor, bem como a realização de perícias e diligências com igual fito, como possibilita o Decreto nº 70.235/72.”

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou o lançamento procedente, conforme acórdão nº 7-809, datado de 08/04/2004, às fls. 126/133, sob as seguintes ementas:

“FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

ÔNUS DA PROVA.

Cabível é o lançamento de ofício do tributo, lançado com base nas receitas registradas nos Livros Fiscais, e não recolhido no prazo previsto na legislação. A prova do erro de fato nos registros é ônus do sujeito passivo.

ACRÉSCIMOS LEGAIS NO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, tem o administrador o dever de aplicar a lei em vigor e suas normas complementares, com a cobrança de juros e da multa decorrentes do lançamento de ofício.

JUROS DE MORA / TAXA SUPERIOR A UM POR CENTO AO MÊS. POSSIBILIDADE.

É válida a imposição de juros de mora à taxa superior a 1% (um por cento) ao mês, quando há previsão legal nesse sentido.

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. PEDIDO DE PERÍCIA/DILIGÊNCIA.

Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de solicitar a realização de diligências ou perícias, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas 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.”

Cientificada dessa decisão, inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 142/170), requerendo, em preliminar, a nulidade do auto de infração (lançamento) e, no mérito, a improcedência do crédito tributário exigido, requerendo, inclusive, a realização de perícia contábil.

Para fundamentar seu recurso, expendeu extenso arrazoado sobre: i) da exposição dos fatos; ii) Das Razões Meritórias: ii.1) Da Inexistência da Omissão de Receitas Financeiras. Das Jurisprudências Administrativas e o óbice do Lançamento Tributário Apurado Consistir em Erro de Fato; ii.2) Base de Cálculo Apurada – Medida Incerta e Presumida para o Quantum do Tributo Apurado – Vedação no Direito Tributário; ii.3) Do Caráter Confiscatório da Multa Moratória; ii.4) Da Ilegalidade dos Juros de Mora em Percentual equivalente à Taxa SELIC; e, ii.5) Do Dever da Autoridade Administrativa em Não Aplicar Normas Inconstitucionais, concluindo, ao final, que o autuante baseou o lançamento em erros de preenchimento e informações, ou seja, meros erros de fato, e, ainda, que a multa aplicada possui caráter confiscatório, assim como a exigência de juros de mora à taxa Selic é ilegal. Suscitou também a inexistência de omissão de receitas em que teria sido fundamentada a exigência da contribuição, citando e transcrevendo ementas de diversos julgados, bem como a obrigatoriedade de órgãos administrativos de não aplicar normas inconstitucionais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I – Preliminares

I.1 – Nulidade do lançamento (auto de infração)

O auto de infração e, conseqüentemente, o lançamento somente seriam nulos se tivessem sido lavrados por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 59, inciso I:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

(...).”

O auto de infração em discussão foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, servidor competente para exercer fiscalizações externas de pessoas jurídicas e, se constatadas faltas na apuração do cumprimento de obrigações tributárias, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício.

Possíveis incorreções e/ ou deficiências não o tornam nulo nem anulável e sim defeituoso ou ineficaz até a sua retificação.

Em seu recurso voluntário, a recorrente se limitou a pedir a nulidade do lançamento, sob a alegação de que o autuante se baseou em meros erros de fato. Contudo, não apontou nem demonstrou os alegados erros.

I.2 – Diligência

A solicitação de diligência para realização de perícia contábil com o objetivo de verificar a procedência ou não do lançamento e de seu valor, para o presente caso, torna-se prescindível.

Conforme demonstrado nos autos e na decisão recorrida, o lançamento decorreu de diferenças entre os valores da contribuição declarados/pagos e os efetivamente devidos, apurados a partir das receitas escrituradas nos livros Registro de Saídas de Mercadorias, cópias às fls. 148/153, e de Apuração do ICMS, cópias às fls. 70/94, 96/112, 114/147, por meio das planilhas denominadas “Composição da Base de Cálculo da Cofins às fls. 220/226.

Dessa forma, não há necessidade da perícia solicitada.

Além do mais, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 16, assim dispõe quanto à diligência:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...);

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...).”

No presente caso, a recorrente não atendeu a este dispositivo legal.

II – Mérito

II.1 – Base de cálculo da contribuição

Embora a recorrente não tenha contestado de forma expressa a composição da base de cálculo da contribuição, levando-se em conta a referência vaga contida em seu recurso voluntário, mais especificamente às fls. 148, no item “II – Das Razões Meritórias”, subitem “1 – Da Inexistência da Omissão de Receitas Financeiras, e, ainda, a possibilidade de o autuante ter apurado e exigido contribuição sobre tais receitas, manifestaremos sobre a incidência ou não de contribuição sobre tais receitas.

Especificamente quanto a outras receitas comporem a base de cálculo da Cofins, nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, art. 3º, como no presente caso, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950 e 358.273, com decisões transitadas em julgado em 5 de setembro de 2006, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucionais as alterações das bases de cálculo do PIS e da Cofins, promovidas por aquela lei, ou seja, o § 1º daquele artigo foi julgado inconstitucional.

Também, o próprio Poder Executivo, levando-se em conta aquelas decisões do STF, revogou, por meio da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, art. 79, inciso XII (MP nº 449, de 03/12/2008), aquele parágrafo primeiro que determinava a ampliação da base de cálculo dessas contribuições.

Dessa forma, deve ser afastada a exigência da Cofins sobre outras receitas, inclusive, sobre receitas financeiras, mantendo-a somente sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

II.2 – Juros de mora à taxa Selic

Trata-se de matéria já sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) nos termos da súmula nº 3 que assim dispõe:

“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.”

Dessa forma, em relação a esta matéria aplica-se esta súmula.

ii) agravamento da multa de ofício

A exigência da multa de ofício tem como objetivo penalizar o sujeito passivo por infração à legislação tributária. No presente caso, por declaração e pagamento a menor da Cofins devida nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1995.

A multa no lançamento de ofício por infração a legislação tributária esta prevista na Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que assim dispõe:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...).”

No presente caso, o autuante agravou o seu percentual para 150,0 % das parcelas lançadas e exigidas com amparo no inciso II do art. 44 dessa mesma lei. Contudo, tal agravamento está condicionado à demonstração e comprovação de fraude no pagamento do tributo, nos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964.

No presente caso, conforme se verifica do procedimento administrativo fiscal, o autuante, em momento algum, demonstrou e provou que a recorrente cometeu fraude

no pagamento da Cofins, nos termos definidos naqueles dispositivos legais. Na descrição dos fatos e enquadramento legal, consta que o lançamento decorreu de diferenças entre os valores declarados/pagos e os devidos e apurados com base nos livros fiscais. Esta infração por si só não configura fraude nos termos dos referidos dispositivos legais.

Assim, não se justifica o agravamento da penalidade para 150,0% das parcelas lançadas e exigidas.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, rejeito as preliminares de nulidade do lançamento e de diligência para realização de perícia contábil e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir o percentual da multa de ofício de 150,0% para 75,0% e, ainda, para que se excluam das parcelas lançadas e exigidas os valores da Cofins apuradas sobre receitas não-operacionais, inclusive, financeiras, mantendo-se a exigência dos valores calculados apenas sobre a receita bruta operacional decorrente de vendas de mercadorias e de prestação de serviços, acrescidos das cominações legais, multa de ofício, no percentual de 75,0%, e juros de mora, calculados à taxa Selic.

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator