



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

**Processo nº** 10680.003712/2008-98  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **3401-000.802 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 20 de agosto de 2014  
**Assunto** COFINS  
**Recorrente** MERCANTIL NOVA OPÇÃO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

Robson José Bayerl - Presidente.

Eloy Eros da Silva Nogueira - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl (Presidente) Mônica Monteiro Garcia de Los Rios, Raquel Mota Brandão Minatel, Eloy Eros da Silva Nogueira, Ângela Sartori e Cláudio Monroe Massetti.

### **Relatório**

O presente processo se refere a Auto de Infração para constituir e exigir crédito tributário de COFINS totalizando um crédito tributário de R\$ 1.652.507,92, incluindo multa de ofício e juros de mora, correspondente aos períodos de 01/2003 a 12/2003 (fls. 05/06). Como aponta o Acórdão recorrido:

“A autuação ocorreu em virtude de divergências verificadas entre os valores da contribuição escriturados e os declarados em DTF, nos períodos acima identificados. Ressalta a fiscalização que a empresa contabilizou as receitas auferidas durante o ano em referencia, tendo apurado os tributos

devidos, sem, entretanto, tê-los declarado em DCTF e tampouco promovido o seu recolhimento, pelo que efetuou o lançamento tributário da Cofins, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal de fls. 12/13, cuja apuração encontra-se discriminada no demonstrativo de fl. 13. Como enquadramento legal, citaram-se os artigos 10 da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; artigos 2º, 3º, e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, (Decreto nº 4.524, de 2002, art. 2º e 3º e 22 e 51).”

O contribuinte contestou a autuação por meio da qual argumentou, em resumo feito pelo Acórdão que reproduzo por considerá-lo suficiente:

1. Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente processo, e transcrevendo jurisprudência administrativa acerca do assunto, argui preliminarmente a decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores de 01/2003 e 02/2003, tanto nos termos do art. 150, § 4º, quanto nos do art. 173 e incisos, do Código Tributário Nacional - CTN -, porquanto se trata de tributo sujeito modalidade de lançamento por homologação, uma vez que a ciência do presente lançamento somente ocorreu em 03/2008, pelo que propugna pela extinção do crédito tributário correspondente aos períodos que menciona.
2. No mérito, propugna pela necessidade de retificação da base de cálculo da contribuição, porquanto seu alargamento, obtido pela ampliação do conceito de faturamento, promovido pelo art 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entendimento que vem sendo adotado inclusive pelo colendo Conselho de Contribuintes.
3. Propugna também pela exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, por juridicamente não poder ser incluído em nenhum dos conceitos correspondentes ao faturamento ou à receita, a exemplo do entendimento exarado pelo STF, em face de sua indevida e inconstitucional inclusão, uma vez que não guarda relação com o faturamento, tratando-se de receita pública, pertencente ao erário.
4. Transcrevendo doutrina e jurisprudência a respeito do assunto, contesta o percentual aplicado da multa de ofício, porque exacerbado, possuindo nítido efeito confiscatório, indo de encontro à proibição contida no artigo 150, IV, da Constituição Federal de 1988, ferindo preceitos constitucionais como os da razoabilidade e da proporcionalidade, e ainda o princípio da capacidade contributiva, nos termos do § 1º do art. 145 da Constituição Federal, pelo que requer a sua exclusão ou redução a patamares mínimos aceitáveis.
5. Prossegue em seu arrazoado, insurgindo-se contra a possibilidade de aplicar-se a taxa Selic, seja como índice de atualização de tributos, seja como taxa de juros, em face de sua manifesta inconstitucionalidade, pelo fato de esta possuir caráter estritamente remuneratório de capital, porquanto criada e regulamentada pelo Banco Central do Brasil, regulamentação essa sem força legal, o que contraria o princípio da

legalidade, contido no art. 150, I da Constituição Federal, ferindo ainda os mandamentos contidos nos arts. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, e o § 3º do art. 193 da Constituição Federal, que estabelece o limite de juros de 12% ao ano, pelo que requer a sua exclusão. Transcreve doutrina e jurisprudência acerca do assunto.

6. Por fim, em face dos argumentos expostos, propugna pelo anulação ou cancelamento da autuação ou que sejam excluídos/reduzidos a multa e os juros moratórios baseados na taxa Selic. Eis o essencial. E O relatório.

A Respeitável 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte MG apreciou o relatório fiscal, o auto de infração e a contestação do contribuinte e firmou as considerações e conclusões resumidas a seguir:

- Rejeitou as alegações de decadência pretendidas pelo contribuinte, nos seguintes termos:
- Em face da edição pelo STF da Súmula Vinculante nº 8, foi elaborado o Parecer PGFN/CAT nº 1617/2008, aprovado pelo Ministro da Fazenda em 18 de agosto de 2008, que determina:

"d) para fins de cômputo do prazo de decadência, **não tendo havido qualquer pagamento**, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTIV, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, **tendo havido pagamento antecipado**, aplica-se a regra do §4º do art. 150 do CTN;" (grifos não são do original) Portanto, uma vez que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 03/2008, e como não houve recolhimento, o crédito tributário correspondente não se encontra extinto, porquanto o termo inicial para a contagem do prazo decadencial passou a ser 01/01/2004, conforme determinado na letra "d" acima.

- Rejeitou a alegação da necessidade de alterar o valor tributado, para excluir o que não se constitui faturamento no sentido de receitas provenientes de vendas de bens e serviços:

No mérito, não merece prosperar a pretensão do contribuinte de retificar a base de cálculo, porquanto, no presente caso, verifica-se da análise dos documentos de fls. 259/270 (DIPJ) que o fisco promoveu o lançamento tão somente de valores correspondentes ao faturamento normal da empresa, apurado pela própria, sem a inclusão de quaisquer outras receitas estranhas a este.

Relativamente à exclusão do ICMS da base de cálculo, tem-se que a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, lei orgânica da seguridade social, e suas alterações posteriores, em seu art. 11, II, elegeram as contribuições sociais como integrantes do

orçamento da Seguridade Social. Dentre estas contribuições, estão incluídas as das empresas, incidentes sobre o faturamento e lucro, nos termos da alínea "d", do parágrafo único do mencionado art. 11.

Com a edição da Lei nº9.718, de 1998, aplicável a partir de 1º de fevereiro de 1999 (conforme previsto em seu art. 17, I), o faturamento para fins de incidência da Cofins e do PIS passou a ser considerado, nos termos de seus arts. 2º, 3º, e 9º, como a totalidade das receitas auferidas, independentemente do tipo de atividade desenvolvida pela pessoa jurídica e da classificação contábil adotada:

(...)

O texto legal é bastante claro ao determinar que as contribuições para o PIS e a Cofins serão calculadas com base no seu faturamento, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

- Os Julgadores não aceitam a argumentação do contribuinte que o ICMS dever ser excluído da base de calculo da contribuição por entenderem que não há previsão legal genérica nesse sentido:

Não apresenta, contudo, dentre esses dispositivos modificados, suprimidos ou criados, qualquer embasamento legal permitindo a exclusão pretendida, porquanto o ICMS, por guardar proporcionalidade com o prego da venda ou dos serviços, é imposto incidente sobre a venda, constituindo, portanto, a receita bruta ou faturamento da empresa . Quisesse o legislador contemplar os valores correspondentes ao ICMS com o benefício da exclusão em apreço, este o teria feito de forma expressa, determinando a incidência das contribuições sobre a receita líquida.

- Afirmam a legalidade da exigência da multa de ofício e dos juros de mora, não acolhendo as argumentações do contribuinte nesse sentido.
- Deixam de se manifestar sobre as acusações de inconstitucionalidade brandidas pelo contribuinte por entenderem que “o Decreto nº2.346, de 10 de janeiro de 1997, que determina expressamente a sujeição das autoridades administrativas A legislação tributária vigente, não lhes concedendo competência para apreciar argüições de inconstitucionalidade, ressalvado os casos nos quais o Secretário da Receita Federal, em virtude de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federa, assim o determine.”
- Ao final, votam no sentido de rejeitar a preliminar de decadência arguida, e, no mérito, julgar procedente o lançamento. E o Acórdão n. **02-26.380, de 12/04/2010, fica assim ementado:**

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA  
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

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

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

*As multas de ofício são previstas em lei, sendo defeso aos  
órgãos administrativos o seu relevamento.*

*As normas reguladoras dos juros de mora que determinam a  
aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se  
disciplinadas em lei. A arguição de inconstitucionalidade não  
pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os  
limites de sua competência o julgamento da matéria.*

*Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido*

O contribuinte, inconformado, ingressa com Recurso voluntário, onde repete os argumentos já trazidos em sua contestação apreciada pelos julgadores a quo, mas sublinha a necessidade de correção da base tributável para dela excluir os valores que não podem ser tributados, razão porque pede reforma do decisum recorrido e a improcedência do auto de infração. In verbis as considerações a respeito da necessidade de corrigir a base tributável:

- Ocorre que, conforme demonstrado na Impugnação ao presente PAF, mister se faz o acolhimento da preliminar de decadência do período anterior a março de 2003, a exclusão das parcelas que não impliquem em "faturamento" da Recorrente (tais como as receitas financeiras e o ICMS), a redução da exorbitante multa aplicada, bem como a retirada da Taxa Selic no cômputo dos juros moratórios.
- Na verdade, desde já convém esclarecer que a ementa acima transcrita apenas trata do ICMS inserido indevidamente, segundo a tese da Recorrente, na base de cálculo da Cofins.
- Entretanto, a Impugnação também questiona a incidência dessa contribuição sobre outras receitas que não compõem o faturamento da Autuada, o que será reiterado na presente peça.
- **DA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS DE VALORES QUE NÃO CORRESPONDEM às RECEITAS DE VENDAS DE MERCADORIAS OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS a definição de "faturamento" a ser utilizada para fins de base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da mais abalizada doutrina e da consolidada jurisprudência do STF, Não ABARCA A TOTALIDADE DE RECEITAS, MAS SOMENTE A RECEITA PROVENIENTE DA VENDA DE MERCADORIAS, SERVIÇOS OU DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA.**

O Julgamento foi sobrestado em 21/08/2012 para aguardar decisão do STF a respeito da exclusão do ICMS da base de cálculo das COFINS, mas retornou para prosseguir em julgamento, face a nova determinação que afasta o sobrestamento nesse sentido.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro Relator Eloy Eros da Silva Nogueira.

Respeitando o que prescreve o Decreto n. 70.235, de 1972, nas normas processuais e, ao mesmo tempo, para fazer prevalecer a verdade material, proponho a conversão do julgamento em diligência para este processo seguir à unidade jurisdicionante:

1. Informar a data de recepção do recurso voluntário;
2. Tomar providências para instruir este processo com informação que discrimine os valores constantes da base tributável, identificando sua classificação ou natureza, que não se constituam como correspondendo ao faturamento proveniente da venda de bens e serviços.

Solicito que o contribuinte seja cientificado desta resolução e também, quando concluídas, das Informações trazidas aos autos e que, no prazo de 30 dias da ciência possa se manifestar, antes do retorno ao CARF.

Eloy Eros da Silva Nogueira - Relator