



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

**Processo nº** 10680.100282/2005-17  
**Recurso nº** 135.031 Voluntário  
**Acórdão nº** 2202-00.037 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 04 de março de 2009  
**Matéria** COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO  
**Recorrente** BM COMERCIAL LTDA.  
**Recorrida** DRI em BELO HORIZONTE-MG

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

Período de apuração: 01/06/2000 a 31/12/2001

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. COFINS. DECADÊNCIA.

É de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador o prazo de que dispõe a Fazenda Pública para proceder ao lançamento de crédito tributário relativo à Cofins.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. 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.

SUJEIÇÃO PASSIVA. CISÃO.

A versão parcial de parte do patrimônio da contribuinte, nele incluídas as obrigações tributárias, não possui o condão de alterar a sujeição passiva de obrigação tributária decorrente de fatos geradores praticados por essa contribuinte.

SÓCIOS E ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE PESSOAL E SOLIDÁRIA.

Devem ser excluídos do pólo passivo da relação jurídica-tributária os sócios e os procuradores da pessoa jurídica se não ficar comprovado que a obrigação tributária é decorrente de atuação dolosa destes com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

MULTA QUALIFICADA. DOLO NÃO CONFIGURADO. INCABÍVEL.

A declaração dos débitos, em DCTF, em valores inferiores aos efetivamente devidos não configura o dolo necessário à qualificação da multa de ofício se a

contribuinte declarou em DIPJ e registrou os valores corretos na contabilidade com base na qual foi realizado o lançamento.

#### PERCENTUAL DA MULTA. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

O percentual da multa previsto em lei vigente legitimamente inserida no ordenamento jurídico não pode ser afastado pelo órgão julgador administrativo.

#### PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 2.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

#### DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Os julgadores administrativos devem afastar dispositivo legal declarado inconstitucional pelo STF em decisão plenária definitiva.

#### COFINS. BASE DE CÁLCULO. JUROS RECEBIDOS E DESCONTOS OBTIDOS.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, é incabível a exigência de Cofins sobre receitas de juros e descontos obtidos quando tais receitas não decorram da atividade empresarial típica da contribuinte.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Membros da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária, da Segunda Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da relatora. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Nayra Bastos Manatta e Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente) quanto à exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da Cofins.

  
NAYRA BASTOS MANATTA

Presidente

  
SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Junior, Leonardo Stade Manzan e Marcos Tranchesini Ortiz.

## Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nestes autos foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência de crédito tributário relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de junho de 2000 a dezembro de 2001, com os juros moratórios e a multa de ofício em percentual duplicado.

O lançamento foi efetuado em virtude de a fiscalização ter constatado diferenças entre os valores apurados à vista da escrituração contábil e os declarados em Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCDF).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (TVF) constante das fls. 14 a 19, os valores apurados pela fiscalização foram declarados nas Declarações de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) entregues ao Fisco, contudo, nas DCDF foram declarados valores muito inferiores, caracterizando conduta dolosa, com vista, única e exclusivamente, a impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, inclusive da sua natureza e circunstâncias materiais, tipificando, em tese, a prática infracionária de que tratam os arts. 71, inc. I, e 73, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A fiscalização apontou a responsabilidade pessoal e solidária dos sócios da pessoa jurídica, Sr. Márcio Vilefort Martins e Sra. Márcia Vilefort Martins, e dos procuradores, Sr. Antônio Vilefort Martins e Sra. Marília Vilefort Martins, em conformidade com os arts. 124, inc. I, e 135, inc. II e III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Também à pessoa jurídica MVM Empreendimentos e Participações Ltda., doravante denominada MVM, sócia majoritária da BM Comercial Ltda., doravante denominada BM, foi imputada responsabilidade solidária, com fundamento no art. 124, inc. I, do CTN.

Os sujeitos passivos autuados foram cientificados do lançamento, conforme Avisos de Recebimento (AR) às fls. 272 a 278, e apresentaram impugnação à peça fiscal. Tais impugnações foram apreciadas pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte-MG (DRJ/BHE), que julgou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão constante das fls. 385 a 405, ensejando a interposição do recurso voluntário conjunto das fls. 409 a 460, para alegar, em preliminar, a nulidade do auto de infração, por ilegitimidade passiva da BM e da MVM, com extensa argumentação, da qual destaca-se:

a) em virtude da cisão da MVM, seus bens, direitos e obrigações, inclusive as tributárias, correspondente ao patrimônio da BM, foram vertidos para a VAL Empreendimentos e Participações Ltda. e, no mesmo ato, esse patrimônio foi transmitido para a Valmig Ltda.;

b) a cisão que, ao cabo, resultou na transferência de patrimônio da BM para a Valmig Ltda. não foi questionada pelo Fisco e, com ela, a Valmig Ltda. assumiu expressamente a responsabilidade pelos débitos da autuada perante a Secretaria da Receita Federal;

c) não existe regramento geral para a responsabilidade tributária na hipótese de cisão, carecendo o ordenamento jurídico de lei complementar, por força do art. 146, inc. III, "b", da Constituição Federal, sendo, pois ilegal e inconstitucional a inclusão da BM no pólo passivo do auto de infração;

d) não havendo disposição expressa em lei complementar, não pode o art. 207 do RIR/99 ser aplicado para atribuir responsabilidade à BM e à MVM;

e) desde a cisão a Valmig Ltda. é responsável pelos créditos tributários da BM, visto que aplica-se ao caso a Lei das Sociedades Anônimas, especialmente os arts. 229, § 1º, e 233, parágrafo único; e

f) o art. 124 do CTN não se presta à eleição de nova forma de sujeição passiva indireta, servindo apenas para reafirmar o vínculo solidário na hipótese de haver mais de um devedor perante o Fisco.

Aduziu-se também, em preliminar, a ilegitimidade passiva dos sócios da BM e dos procuradores Antônio Vilefort Martins e Marília Vilefort Martins, com as razões recursais que a seguir sintetiza-se:

A) os sócios da pessoa jurídica somente poderiam ser responsabilizados por tributos decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, devidamente comprovados, e, nesse caso, excluir-se-ia a responsabilidade da pessoa jurídica; todavia o Fisco não fez a comprovação necessária;

B) o mero inadimplemento da obrigação tributária não possui o condão de determinar a responsabilidade pessoal dos sócios por suposta infração à lei;

C) é inaplicável ao caso o art. 124 do CTN que, com efeito, presta-se à hipótese de pluralidade de pessoas no pólo passivo da obrigação tributária;

D) os sócios da BM não são partes legítimas para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista a impossibilidade de aplicação dos arts. 124, 134, inc. VII, e 135, inc. III, do CTN;

E) não ficou comprovado sequer a prática de atos pelos procuradores da BM, muito menos a prática com excesso de poderes ou infração de lei;

F) o mero fato de existirem procurações da BM para o Sr. Antônio Vilefort Martins e para a Sra. Marília Vilefort Martins, que nunca pertenceram ao quadro social da pessoa jurídica, não dá suporte à inclusão dessas pessoas no pólo passivo do auto de infração; e

G) a fiscalização não apontou nenhuma evidência de que esses procuradores concorreram para a prática de atos com infração à lei ou com excesso de poderes.

No mérito aduziu-se:

I) a decadência do direito à constituição do crédito tributário, tendo em vista que aplica-se ao PIS o art. 150, § 4º, do CTN;



II) a inclusão indevida, por força da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo declarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), de receitas não-operacionais na base de cálculo do tributo;

III) a adequação da base de cálculo para alcançar apenas as receitas de vendas de mercadorias, de serviços e de bens e serviços de qualquer natureza não decorre, aqui, de apreciação de inconstitucionalidade de lei ou de aplicação pura e simples da jurisprudência do STF, mas, sim, de observância do art. 110 do CTN;

IV) que deve ser anulado o auto de infração, por eleição indevida da base de cálculo do PIS, tendo em vista a possibilidade de aplicação da pacífica jurisprudência do STF;

V) é indevida a qualificação da multa de ofício, visto que não se trata aqui de reincidência ou de má-fé dos autuados, tampouco ficou comprovada prática dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento da autoridade tributária da ocorrência do fato gerador;

VI) as premissas que suportam o lançamento foram calcadas nos registros contábeis e fiscais da recorrente abertamente apresentados à fiscalização, sem criar qualquer óbice ao procedimento fiscal;

VII) também não ficou caracterizado o conluio, pois não há provas nos autos de acordos entre os recorrentes e terceiros tendentes à prática das infrações apontadas pela fiscalização;

VIII) a mera presunção de sonegação não autoriza a qualificação da multa;

IX) a multa aplicada é confiscatória e afronta o princípio da capacidade contributiva, e a vinculação legal da administração pública não a exime de observar princípios constitucionais, conforme dicção do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e

X) a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia infringe o disposto no art. 161, § 1º, do CTN, e o princípio da legalidade, visto que foi criada por Circular do Banco Central do Brasil, com natureza remuneratória, não servindo para fins tributários.

Ao final, as recorrentes solicitaram o provimento do recurso para cancelar a exigência tributária pelo acolhimento da ilegitimidade passiva das autuadas, pela decadência ou pelas razões de mérito ou, alternativamente, para que seja exonerada ou reduzida a multa de ofício e também a exclusão dos valores dos juros calculados com base na taxa Selic, aplicando-se apenas o percentual previsto no CTN.

Na sessão de 8 de novembro de 2006, estes autos vieram a julgamento nesta Quarta Câmara, que, à unanimidade, resolveu converter o julgamento do recurso voluntário em diligência para que fossem juntadas ao processo as DCITF referentes ao período autuado.

O processo retornou a este Segundo Conselho de Contribuintes com as DCITF anexadas às fls. 481 a 625.

É o relatório.



## Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência do então Segundo Conselho de Contribuintes, por isso deve ser conhecido.

A decadência argüida pelas recorrentes constitui prejudicial da análise do mérito, devendo, pois, ser primeiro enfrentada, com o registro inicial de que, na hipótese de comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial é contado na forma do art. 173, inc. I, do CTN.

No lançamento fiscal em questão, a fiscalização acusou a ocorrência de práticas dolosas caracterizadas como sonegação e conluio. Todavia, pelas razões que serão exposta mais adiante, no enfrentamento da matéria relativa à multa qualificada, não vislumbro a necessária comprovação do dolo para qualificação da conduta infracionária. Assim sendo, uma vez que está-se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, para a contagem do prazo decadência, há que se aplicar o art. 150, § 4º, do CTN.

Nesse ponto, cumpre lembrar que, na sessão plenária de 12 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte enunciado:

*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*

Por conseguinte, uma vez que a publicação do enunciado vinculante por meio da imprensa oficial deflagra a sua imediata eficácia, notadamente para a Administração Pública, impõe-se que se afaste a aplicação dos dispositivos legais declarados inconstitucionais e se aplique ao caso, por tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o art. 150, § 4º do CTN, que estabelece prazo quinquenal, contado a partir da ocorrência do fato gerador, para a Fazenda Pública formalizar a exigência tributária.

Em face disso, uma vez que a BM foi cientificada do lançamento em 22 de dezembro de 2005, há que se reconhecer extinto, na forma do art. 156, inc. V, do CTN, o crédito tributário decorrente dos fatos geradores anteriores a 22 de dezembro de 2000.

Sobre a ilegitimidade passiva da pessoa jurídica atuada, aduziu a recorrente que ocorreu um processo de cisão em que houve versão de bens direitos e obrigações, inclusive as tributárias, da BM para a empresa VAL Empreendimentos e Participações Ltda., que, no mesmo ato, os transmitiu à Valnig Ltda. e esta última assumiu expressamente os débitos da atuada para com a Secretaria da Receita Federal (SRF), e que o CTN, em seu art. 132, refere-se apenas às hipóteses de extinção, incorporação e fusão e, portanto, em observância ao princípio da estrita legalidade, não se pode atribuir a responsabilidade a uma pessoa jurídica por débitos tributários de outra, sem que haja lei para tanto.

Não obstante o extenso arrazoado da peça recursal, é totalmente falaciosa a argumentação da recorrente BM, pois não se está, nestes autos, exigindo o cumprimento de obrigação tributária principal de responsável tributário, mas, sim, do próprio contribuinte. Vale

dizer, a sujeição passiva da pessoa jurídica BM não é por responsabilidade, mas por débitos que lhe são próprios desde o seu nascimento.

Portanto, à vista das aduções recursais, a situação configura-se como tentativa da BM de transferir obrigação tributária nascida de fato gerador diretamente relacionado às atividades da recorrente a terceiro que, somente por convenção particular, assumira a responsabilidade por essa obrigação, ou seja, não se caracteriza aqui a situação inversa, como quer fazer crer a recorrente, de estar a Fazenda Nacional atribuindo responsabilidade por débitos de terceiros à recorrente.

Assim sendo, por ser a situação fática diversa da alegada pela recorrente para fecer suas considerações sobre a ilegitimidade passiva da autuada, não há razão para enfrentamento de todos os argumentos expendidos sobre esse ponto, que se relacionam precipuamente com a ocorrência de cisão, com versão de direitos e obrigações, inclusive as tributárias, para outra pessoa jurídica.

Destarte, uma vez que a reorganização societária aludida pela recorrente não se subsume aos preceitos do art. 132 do CTN e não se caracteriza a situação hipótese de transferência integral da responsabilidade tributária prevista nas normas gerais de direito tributário, não há suporte legal para afastar a contribuinte BM, que, com efeito, realizou a operação tributável, do pólo passivo da obrigação tributária e o dispositivo legal que se aplica ao caso é o art. 123 do CTN, que prescreve, **ipsis litteris**:

*Art. 123. Salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas a responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.*

A alegação de inaplicabilidade do precitado art. 123 é de que o “Protocolo e Justificativa de Cisão” não pretende modificar a definição legal do sujeito passivo, porque não há dispositivo legal que determine expressamente quem será sujeito passivo no caso de cisão, labora contra a recorrente, pois, inexistindo expressa disposição legal em contrário, o sujeito passivo é, nos termos do art. 121, parágrafo único, inc. I, do CTN, o contribuinte, que possui relação pessoal e direta com a situação constitutiva do fato gerador das contribuições objeto dos autos de infração de que cuida este processo e a oposição do dito “Protocolo e Justificativa de Cisão” para suscitar a transferência da responsabilidade pelo pagamento dos tributos, se aceita, caracterizaria, sim, modificação na definição legal do sujeito passivo, pois, não se está diante de situação de eleição legal de responsável tributário, conforme definido no art. 121, parágrafo único, inc. II, do CTN, mas de instrumento particular de assunção de obrigações tributárias da contribuinte por um terceiro.

Cabe aqui transcrever comentários da Professora Misabel Abreu Machado Derzi, na atualização da obra Direito Tributário Brasileiro, do Mestre Aliomar Baleeiro, 11ª edição, Editora Forense, pág. 736:

( )

*Graças à necessidade de lei expressa e exclusiva, são inoponíveis à Fazenda Pública quaisquer acordos ou convenções entre particulares (arts. 121 e 123 do CTN).*



(..)

Quanto aos sócios e aos procuradores da autuada, atribuiu a fiscalização responsabilidade solidária, com fulcro nos arts. 124, inc. I, e 135, inc. III, do CTN. Esse primeiro dispositivo legal está inserido nas disposições gerais relativas ao sujeito passivo e estabelece, **ipsis litteris**:

*Art. 124. São solidariamente obrigadas:*

*I as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*

*II as pessoas expressamente designadas por lei*

(..)

Sobre esse dispositivo legal, leciona o Mestre Aliomar Baleeiro, na obra supracitada, pág. 728:

(..)

*A fórmula do art. 124 é ampla: são solidários para o Fisco os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e os que forem expressamente designados em lei*

*O CTN não diz em que consiste ou que casos se manifesta o "interesse comum". A lei tributária o dirá. Em princípio, os participantes do fato gerador. (..)*

É, mais adiante, os comentários da Professora Misabel Abreu Machado Derzi:

*A solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade, indirecta como querem alguns. O Código Tributário Nacional, corretamente, disciplina a matéria em seção própria, estranha ao capítulo V, referente à responsabilidade. É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias*

*Quando houver mais de um obrigado no pólo passivo da obrigação tributária (mais de um contribuinte, ou contribuinte e responsável, ou apenas uma pluralidade de responsáveis), (..)A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária,(..)*

Com esses ensinamentos, entendo que o art. 124 do CTN, apenas quer obrigar à integralidade do crédito tributário, sem benefício de ordem todos os sujeitos passivos, o que constitui o efeito da solidariedade, além dos efeitos relacionados no art. 125 do CTN, na hipótese em que, pela natureza jurídica do fato gerador da obrigação principal, que, de alguma forma, pode contemplar a realização do fato tributável por mais de um sujeito passivo, ou por designação expressa de lei, houver uma pluralidade na sujeição passiva.



Assim, lembrando que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos seus sócios, o dispositivo legal em tela não se presta, por si só, à “*inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária*”.

Por outro lado, é inegável que os sócios possuem interesse nas atividades de suas sociedades. Contudo, a base legal para possível responsabilização dos sócios deve ser buscada no art. 135, inc. III, do CTN - e assim o fez a fiscalização -, que trata de responsabilidade pessoal com a seguinte dicção:

*Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*

(...)

*III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*

*(grifou-se)*

Ocorre que o supratranscrito art. 135, inc. III, refere-se a atuação dos dirigentes, gerentes ou representantes da pessoa jurídica com excesso de poderes ou infração de lei, de contrato social ou de estatuto e o suporte fático da atuação, ao cabo, é o mero inadimplemento de tributo, o que, com efeito, constitui descumprimento de dever jurídico e, portanto, ilicitude. Todavia, tratando-se de responsabilidade pessoal e, por conseguinte, subjetiva, cabe ao Fisco produzir a prova do dolo.

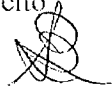
Sobre a comprovação da conduta dolosa, o mestre Paulo de Barros Carvalho, na obra Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, ensina, na pág. 506:

*(...) no setor das infrações subjetivas, em que penetra o dolo ou a culpa na compostura do enunciado descritivo do fato ilícito, a coisa se inverte, competindo ao Fisco, com toda a gama instrumental dos seus expedientes administrativos, exibir os fundamentos concretos que revelem a presença do dolo ou da culpa, como nexos entre a participação do agente e o resultado material que dessa forma se produziu. Os embaraços dessa comprovação, que nem sempre é fácil, transmudam-se para a atividade fiscalizadora da Administração, que terá a incumbência intransferível de evidenciar não só a materialidade do evento como, também, o elemento volitivo que propiciou ao infrator atingir seus fins contrários às disposições da ordem jurídica vigente*

(...)

Ora, a confissão em DCTF de valores inferiores aos apurados pela fiscalização até poderia caracterizar conduta dolosa, não fosse o fato de a contribuinte ter efetuado os devidos registros em sua contabilidade e ter declarado os reais valores em DIPI.

Ademais, considerando o fato de que a DCTF constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a cobrança do débito confessado, é escusável que o sujeito



passivo da obrigação tributária não queira fazer essa confissão, com vista a não renunciar à discussão administrativa do crédito tributário.

Destarte, não restou comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos pelos sócios e procuradores da BM para que se lhes possa atribuir responsabilidade pessoal pelo crédito tributário lançado, nos exatos termos do art. 135, inc. III, do CTN.

Relativamente à multa de ofício, entendo que sua qualificação subordina-se à comprovação da existência de dolo na conduta da contribuinte.

Ora, a conduta descrita para caracterizar ocorrência dolosa é a declaração reiterada em DCTF do PIS em valores inferiores aos valores efetivamente devidos. Ocorre que a recorrente declarou corretamente os valores devidos nas DIPJ e fez os registros contábeis necessários, tanto que estes prestaram-se ao trabalho fiscal para apurar o montante devido do tributo. Portanto, não se verifica, neste caso, omissão ou utilização de artifícios para impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador dos tributos, sua natureza ou circunstâncias. Ao contrário, a contribuinte, ademais de prestar informações na DIPJ, não se negou a apresentar seus livros e documentos contábeis e fiscais, colaborando, portanto, com o procedimento fiscal.

Dessa forma, não vislumbro possibilidade de caracterizar a conduta da recorrente como sonegação com vista a enquadrá-la no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, tampouco, uma vez afastada a sujeição passiva dos sócios e procuradores da BM, pelas razões expostas alhures, há que se falar em conluio, conforme definido no art. 73 dessa mesma lei. Tal conduta encontra abrigo, sim, no art. 44, inc. I, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007; contudo, não se verificando as hipóteses dos referidos arts. 71 ou 73, afasta-se a possibilidade de duplicação do seu percentual autorizada pelo § 1º desse mesmo art. 44.

Portanto, considerando o princípio da tipicidade cerrada que deve reger a imposição de penalidades, entendo que o percentual da multa aplicada deve ser reduzido para 75% e as argumentações de que tal percentual teria natureza confiscatória não podem ser apreciadas em sede administrativa, visto que trata-se de percentual previsto em lei legitimamente inserta no ordenamento jurídico e é defeso a este colegiado afastá-la, conforme Súmula nº 2, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, de aplicação obrigatória por este Segundo Conselho, por observância ao disposto no art. 53 do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007. Referida Súmula possui o seguinte teor:

*O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária*

Sobre a apuração da base de cálculo do PIS, registre-se que a inclusão de matéria porventura não-tributável nessa base de cálculo não implica a nulidade do lançamento, pois qualquer que seja o fundamento fiscal para incluir determinada receita na base impositiva do tributo está-se diante de procedimento, equivocado ou não, que traz implicações apenas no aspecto quantitativo da exigência tributária que, no âmbito do processo de determinação e exigência do crédito tributário, pode ser corrigido, com cancelamento total ou parcial da



exigência indevida, em decorrência das impugnações e recursos regularmente interpostos pelo sujeito passivo, conforme art. 145, inc. I, da Lei nº 5.172, do CTN.

Nesse aspecto, cabe lembrar que o processo administrativo fiscal presta-se exatamente a imprimir certeza e liquidez ao crédito tributário lançado.

Cumprido, entretanto, examinar a questão da aplicabilidade da decisão do Pleno do STF sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins e, sobre isso, cabe lembrar que essa Suprema Corte, nos autos do Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718, tendo o Acórdão correspondente transitado em julgado em 5 de setembro de 2006.

Em face disso, entendo estar-se diante de hipótese prevista no art. 49, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, que prescreve:

*Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo*

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal,*

(.)

A disposição regimental supracitada emana do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, a meu ver, no parágrafo único do seu art. 4º, trata de situação excepcional ao **caput** do artigo, pois, não mantendo os Conselhos de Contribuintes subordinação hierárquica ao Secretário da Receita Federal, tampouco ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, seria esdrúxulo supor que a atuação desses órgãos julgadores estivesse vinculada a determinações emanadas dessas autoridades. Nesse ponto, frise-se que o próprio **caput** do art. em comento limita a abrangência dessas determinações ao âmbito das respectivas competências, referindo-se, com isso, não só à segregação das competências do Secretário da Receita Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, mas também à delimitada esfera de atuação de cada um, que, a todas as luzes, nesse particular, não alcança os órgãos julgadores da segunda instância administrativa.

Destarte o Decreto em tela, ao dispor sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais, expressamente impôs aos órgãos julgadores da administração fazendária o dever de afastar dispositivo declarado inconstitucional e, se tal dever não era cumprido até a publicação do novo Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é porque anterior disposição regimental, materializada no art. 22A introduzido pela Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, no regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, vedava expressamente o afastamento de dispositivo legal em virtude de inconstitucionalidade, na hipótese de que aqui se cuida.



Assim, a alteração da norma regimental evidencia a mudança de entendimento sobre a matéria do Sr. Ministro da Fazenda e, nesse ponto, não se pode olvidar a subordinação direta dos Conselhos de Contribuintes a esse Ministro de Estado.

Note-se, pois, que o art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, cuidou de atribuir competência a dirigentes da administração fazendária para determinar, no âmbito de suas atribuições, que não se prossigam com exigências tributárias fundamentadas em dispositivos declarados inconstitucionais e, em seu parágrafo único, tratou das exigências já constituídas e na fase litigiosa do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário para deferir aos julgadores administrativos a competência para, na apreciação da lide, afastar os referidos dispositivo, conforme a seguir transcrito:

*Art 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:*

*I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados,*

*II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União,*

*III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;*

*IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal*

*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*

Assim sendo, uma vez que os demonstrativos de apuração da base de cálculo evidenciam a inclusão de receitas de juros e de descontos obtidos, não sendo tais receitas decorrentes da atividade empresarial típica da recorrente, sua tributação pela Cofins possui fundamento legal no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que foi declarado inconstitucional em decisão plenária definitiva do STF, estando, portanto, configurada a hipótese do art. 49, inc. I, do já citado Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, que, combinado com o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346, de 1997, impõe o cancelamento da exigência tributária sobre essas receitas.

Quanto à utilização da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios, eximo-me de tecer considerações minudentes sobre a matéria, tendo em vista a Súmula nº 3, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, com o seguinte teor:

*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 com base na*



*taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia –  
Selic para títulos federais*

Por todo o exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para:

I – cancelar a exigência tributária relativa aos fatos geradores ocorridos até 21 de dezembro de 2000, inclusive, por estar o crédito tributário extinto, pela decadência;

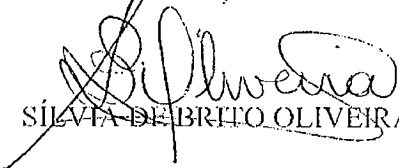
II – afastar do pólo passivo da obrigação tributária constituída neste autos os sócios da BM, Sra. Márcia Vilefort Martins, Sr. Márcio Vilefort Martins e a pessoa jurídica MVM Empreendimentos e Participações Ltda., e os procuradores, Sr. Antônio Vilefort Martins e Sra. Marília Vilefort Martins;

III – reduzir para 75% (setenta e cinco por cento) o percentual da multa aplicada; e

IV – excluir da base de cálculo da Cofins as receitas relativas a juros recebidos e a descontos obtidos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de março de 2009

  
SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA