



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10980.007331/2007-12
Recurso nº 150.535 Voluntário
Matéria Cofins - Falta de Recolhimento
Acórdão nº 201-81.374
Sessão de 03 de setembro de 2008
Recorrente INDÚSTRIAS TODESCHINI S/A
Recorrida DRJ em Curitiba - PR

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

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/03/2002

**COFINS. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR
HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.**

Existindo pagamento antecipado, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, decai em 5 (cinco) anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador, o direito de a Fazenda Nacional constituir crédito tributário da Cofins, pelo lançamento. Súmula Vinculante nº 8, do STF.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecer a decadência.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Walber José da Silva
WALBER JOSÉ DA SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11/12/08
Silvio Ribeiro Barbosa
Mat. Cipe 91745

Relatório

Contra a empresa INDÚSTRIAS TODESCHINI S/A foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de Cofins relativa a fatos geradores ocorridos no período de agosto de 1997 a março de 2002, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a interessada pagou ou declarou a RFB valores menores do que os escriturados em seus livros fiscais e contábeis.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 224/293, cujos argumentos de defesa estão sintetizados no Relatório do Acórdão recorrido (fls. 304/306).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR manteve o lançamento, nos termos do Acórdão n.º 06-15.805, de 18/10/2007, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

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

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/03/2002

DECADÊNCIA. PRAZO.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito relativo à COFINS decai em dez anos.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Verificando-se, nos autos, a obediência aos ditames da legislação que rege o MPF, no tocante à ciência e à prorrogação, não há que se falar em nulidade na emissão desse documento, que, ademais, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da auditoria fiscal.

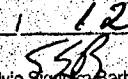
CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE. COMPETÊNCIA.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>11/12/07</u>
 Silvio Marques Barbosa Mat: Sape 91745

Não é permitida a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS por falta de previsão legal.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa de ofício e juros de mora na forma prevista na legislação.

Lançamento Procedente”.

Ciente da decisão de primeira instância em 09/11/2007, fl. 321, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 05/12/2007 (fls. 322/394), no qual repisa os argumentos da impugnação, abaixo resumido, no essencial:

1 - PRELIMINARES:

1.1 - decadência do direito de lançar para os fatos geradores ocorridos entre agosto de 1997 e março de 2002. Inconstitucionalidade da Lei nº 8.212/91;

1.2 - nulidade do auto de infração por ausência de cumprimento de formalidade no MPF: não foi prorrogado o prazo de validade;

1.3 - nulidade do auto de infração e imposição de multa porque a recorrente não foi intimada para se manifestar após ultimadas as diligências, como determina o art. 44 da Lei nº 9.784/99;

1.4 - falta de aplicação do princípio da verdade material. A autuação não pode levar em conta meras suposições ou aparências;

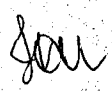
1.5 - o Auditor-Fiscal não logrou provar as circunstâncias fáticas e documentais que ocasionaram a autuação. O ônus da prova cabe ao Fisco; e

1.6 - é dever da autoridade administrativa abster-se de aplicação de qualquer lei eivada de inconstitucionalidade, porquanto sua atuação deve necessariamente estar atrelada aos ditames da Constituição Federal;

2 - MÉRITO:

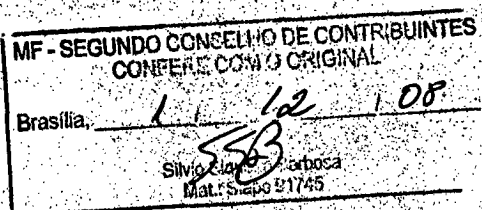
2.1 - é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, pelas seguintes razões:

- a) afronta o art. 195, I, “b”, da Constituição Federal;
- b) falta de veneração ao princípio da capacidade jurídica;
- c) desrespeito ao princípio da capacidade contributiva;
- d) falta de veneração ao princípio da não-cumulatividade; e
- e) ocorre confisco na incidência do PIS e da Cofins sobre o ICMS;





Processo nº 10980.007331/2007-12
Acórdão n.º 201-81.374



CC02/C01
Fls. 415

2.2 - é inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins promovida pela Lei nº 9.718/98;

2.3 - é confiscatória a multa de ofício imposta à recorrente; e

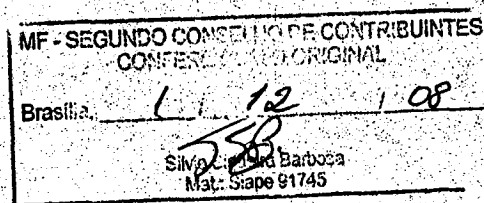
2.4 - é impossível a aplicação da taxa selic no cálculo dos juros de mora.

Na forma regimental, o recurso voluntário foi a mim distribuído, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 414.

É o Relatório.

(W)

for



Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais. Dele conheço.

A recorrente postula o cancelamento do auto de infração alegando, em síntese, seis preliminares de nulidade do lançamento e, no mérito, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da exação e o alargamento da base de cálculo da exação promovida pela Lei nº 9.718/98, além de contestar a utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora e o lançamento da multa de ofício, que considera confiscatória.

Sobre a preliminar de decadência, entende a recorrente que está decaído o direito de a Fazenda Nacional constituir crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 08/1997 a 03/2002, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Com razão a recorrente.

De plano, há que se afastar a aplicação dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, nos termos da Súmula Vinculante nº 8 do STF, abaixo reproduzida:

“Súmula Vinculante nº 8 - 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.”

Afastada a aplicação dos citados dispositivos legais, a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento é tratada nos arts. 150 e 173 do CTN. O primeiro deles assim prescreve:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

WJ

(W)

Tal norma, ao estabelecer o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, reduziu o limite de atuação do Fisco, estabelecido, de forma genérica, também pelo Código Tributário Nacional, no dispositivo abaixo transcrito:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Verifica-se que, ao estabelecer um prazo mais curto para a constituição do crédito tributário, o legislador pressupôs pagamento prévio, o qual daria ao Fisco conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte. Assim, a antecipação do pagamento é condição essencial para haver homologação. Esse é o fato positivo que, uma vez conhecido da administração tributária, move a autoridade a iniciar os eventuais procedimentos a fim de aferir a satisfação da obrigação principal.

Conclui-se, portanto, que apenas sujeitam-se às normas aplicáveis ao pagamento por homologação os créditos tributários já satisfeitos, ainda que parcialmente, por via do pagamento. Não havendo, portanto, o pagamento a ser homologado pela autoridade, o prazo decadencial passa a ser regido pelas disposições do art. 173 do Código Tributário Nacional.

No presente caso, houve pagamento antecipado e a ciência do lançamento ocorreu no dia 26/06/2007. Aplica-se, portanto, a regra do art. art. 150, § 4º, do CTN, e, desta forma, estão decadentes os créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram até o período de apuração de 05/2002, ou seja, todo o crédito tributário lançado.

Diante da extinção do crédito tributário pela decadência, desnecessário abordar e discutir aqui as questões relativas à nulidade do auto de infração e à base de cálculo da exação, incluídas pela recorrente, em razão de não mais existir objeto litigioso.

Por tais razões, voto no sentido de dar provimento integral ao recurso voluntário para declarar extinto, pela decadência, o crédito tributário lançado.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008.


WALBER JOSÉ DA SILVA

