MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº	13116.001398/2004-88
Recurso nº	130.556 Voluntário
Matéria	COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Acórdão nº	204-03.694
Sessão de	03 de fevereiro de 2009
Recorrente	COMERCIAL DE ALIMENTOS LIZA LTDA.
Recorrida	DRJ em BRASÍLIA/DF

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/10/1999 a 30/06/2004

Ementa: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. COFINS. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF.

A Fazenda Pública dispõe do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador para formalizar a exigência de crédito tributário relativo a 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 com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS integra a base de cálculo da Cofins.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÚIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 2.

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

MULTA QUALIFICADA. DESCRIÇÃO DA CONDUTA DOLOSA. INEXISTÊNCIA

É incabível a qualificação da multa de ofício se a fiscalização não descreve nem especifica a prática infracionária imputada ao sujeito passivo

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da quarta câmara do segundo conselho de contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência parcial contada nos termos do § 4º do art. 150 do CTN. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres e Nayra Bastos Manatta que negavam provimento ao recurso.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente

SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Júnior , Marcos Tranchesi Ortiz e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada neste processo foi lavrado auto de infração, com ciência em 21 de dezembro de 2004, para formalizar a exigência tributária relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de outubro de 1999 a junho de 2004, com a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) e os juros moratórios correspondentes.

Ensejou a constituição de ofício do crédito tributário a constatação de diferenças entre os valores escriturados e os declarados pela contribuinte, que, em todo o período autuado, declarara ao Fisco de 5% (cinco por cento) a 10% (dez por cento) dos valores das receitas de vendas registrados em seus livros contábeis e fiscais.

A peça fiscal foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília-DF (DRJ/BSA) julgou procedente o lançamento, nos termos do voto condutor do Acórdão constante das fls. 151 a 157, ensejando a interposição do recurso voluntário das fls. 171 a 211 para alegar, em preliminar, a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores anteriores a 21 de dezembro de 1999, por força do art. 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

No mérito, aduziu-se, em síntese, que:

I – O lançamento é ilegal, visto que, para a apuração da base de cálculo foram utilizados valores escriturados no livro de apuração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em que são computados valores que não representam efetivo faturamento;

II – o cômputo do ICMS na base de cálculo da Cofins é inconstitucional por ferir os princípios da capacidade contributiva e da legalidade e configura exigência tributária sobre valores que não constituem receita da contribuinte, visto que é repassado às burras estatais;

III – a alíquota correta para cálculo da Cofins é de 2% (dois por cento), tendo em vista a flagrante inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, quanto à majoração dessa alíquota;

IV – a multa aplicada é abusiva e a fiscalização não logrou demonstrar a ocorrência de dolo ou de fraude da recorrente, fundamentando-se apenas em suposto erro no preenchimento de declarações da contribuinte, o que não pode ser considerado fraude, mormente considerando-se que o lançamento foi feito com base em livros e informações fornecidos pela própria contribuinte; e,

V – é ilegal e inconstitucional a utilização, no cálculo dos juros moratórios, da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), que possui natureza remuneratória e deflagra a capitação de juros vedada pelo art. 253 do Código Comercial Brasileiro.

Ao final, a recorrente solicitou a reforma da decisão recorrida para cancelar o lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

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

Quanto à decadência do direito de formalização da exigência, 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 qüinqüenal, contado a partir da ocorrência do fato gerador, para a Fazenda Pública formalizar a exigência tributária.

Em face disso, há que se reconhecer a extinção, na forma do art. 156, inc. V, do CTN, do crédito tributário decorrente dos fatos geradores anteriores a 21 de dezembro de 1999.

Sobre o mérito, cumpre primeiro enfrentar a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e, nessa matéria, adoto as mesmas razões de decidir proferidas pela Ilustre Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, no julgamento do recurso nº 139751, na sessão de 18 de outubro de 2007 da Segunda Câmara deste Segundo Conselho de Contribuintes, formalizado no Acórdão nº 202-18.398, do qual transcrevo os seguintes trechos:

> *(...)*
>
> *A inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins tem supedâneo legal no estabelecimento como base de cálculo da exação do faturamento, na Lei Complementar nº 70/91 e da receita bruta, na Lei nº 9.718/98, em cujos conceitos estão inseridos os tributos indiretos não lançados destacadamente na nota fiscal.*
>
> *Mister se faz trazer à baila o mandamento do parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, onde estão expressas as exclusões permitidas na determinação da base de cálculo da Cofins:*

"Parágrafo único - Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição;

o valor do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente."

Constata-se de plano que o ICMS não está entre as parcelas que podem ser excluídas da base de cálculo da Cofins.

A respeito desse assunto, Luis Fernando de Souza Neves (Cofins - Contribuição Social sobre o Faturamento - L.C. nº 70/91, Editora Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 11), assim se manifesta:

"Portanto, o instrumento legal que agora disciplina a matéria (Lei Complementar), veda a possibilidade de exclusão do ICMS de sua base de cálculo, só permitindo, em relação ao IPI, vendas canceladas e descontos incondicionais."

Também o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se nessa direção, em Recurso Especial relatado pela Ministra Eliana Calmon, conforme noticiado pelo Informativo do próprio Tribunal, que é reproduzido a seguir:

"Informativo STJ 179 - de 01 a 15/08/2003 - O Tribunal a quo considerou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, ao argumento de que tudo que entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias corresponde à receita (faturamento), independentemente da parcela destinada a pagamento de tributos.A Turma negou provimento ao Resp, por entender que a decisão impugnada não merece reparos, pois interpretou a lei corretamente.

Realmente, o PIS e a Cofins incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento) sem possibilidades de reduções ou deduções. Outrossim, ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS. REsp 501.626-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 07/8/2003."

(...)

Destaque-se que o Imposto de Renda é tributo cuja base de cálculo é constituída pelo lucro, ou seja, a parcela do patrimônio da empresa composta pelo plus formado a partir da diferença entre as receitas e as despesas, o que em nada se comunica com a base de cálculo das contribuições, a qual é formada pelo faturamento bruto, ou seja, o faturamento considerado em sua totalidade.

Como afirmado no voto da Ministra Eliana Calmon, inexiste previsão legal para exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

Dessarte, não acato o argumento de defesa, entendendo incabível a exclusão do ICMS da base de cálculo por falta de previsão legal.

(...)

Quanto à alíquota utilizada para cálculo da Cofins devida, registre-se que ela está prevista em lei legitimamente inserta na ordem jurídica pátria e as razões recursais perfiladas pela contribuinte defendem a inconstitucionalidade da majoração dessa alíquota pela Lei nº 9.718, de 1998, sendo, pois, defeso a este colegiado delas conhecer, conforme súmula nº 2, do Segundo Conselho de Contribuintes, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, de aplicação obrigatória, por força do 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 multa aplicada, registre-se que não consta destes autos nenhuma peça fiscal em que tenha sido descrita e tipificada a conduta infracionária a que se pretende cominar a penalidade em questão, limitando-se a fiscalização a indicar, no auto de infração, a capitulação legal da multa e, na descrição dos fatos do referido auto, a relatar que:

> *(...)*
>
> *O sujeito passivo declarou no período em exame, de 01/10/1999 a 01/07/2004, para a Receita Federal, para fins de apuração da Cofins valores de receitas de vendas em torno de 5% a 10% dos valores registrados em seus livros fiscais e contábeis, conforme cópias das Demonstrações do Livro Diário, em anexo, o que caracteriza não haver incorrido em erro de fato, ao preencher as declarações enviadas à Receita Federal.*

Ora, do fato de não se ter configurado erro de fato da contribuinte não pode emergir presunção da ocorrência de conduta dolosa capaz de dar azo à aplicação da multa de ofício em percentual duplicado, mormente considerando que a capitulação legal da multa no art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, vigente à época da autuação, referia-se aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, os quais tratam da sonegação, da fraude e do conluio, respectivamente, e nenhuma dessas práticas foi especificamente imputada à contribuinte.

Portanto, a meu ver, nessa matéria, a acusação fiscal foi deveras deficitária, laborando em desfavor da defesa da autuada que, na peça recursal, limitou-se a alegar a ausência do dolo e a falta de comprovação pela fiscalização da ocorrência de fraude.

Em face disso, não vislumbro possibilidade de prosperar a exigência da multa em percentual duplicado.

Por fim, sobre as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade da utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, cumpre registrar que, conforme dito alhures, na apreciação das razões recursais relativas à alíquota da Cofins, é defeso à autoridade julgadora administrativa manifestar-se acerca da constitucionalidade de lei, nos termos da Súmula nº 2 anteriormente transcrita.

Ademais, sobre os juros moratórios no âmbito tributário, cumpre lembrar a Súmula nº 3, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, cujo teor transcreve-se:

> *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.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso voluntário para declarar extinto, em virtude da decadência, o crédito tributário referente aos fatos geradores anteriores a 21 de dezembro de 1999 e reduzir para 75% (setenta e cinco por cento) o percentual da multa de ofício.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009.

SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA