



Processo nº : 13808.001395/99-09
Recurso nº : 116.966
Acórdão nº : 202-13.669

Recorrente : INDUVEST COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO – A falta ou insuficiência de recolhimento de COFINS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais de multa e juros, estes calculados com base na Taxa SELIC.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DE LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

PENALIDADE APLICÁVEL – A multa cabível no lançamento de ofício é a capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, por inteligência da ementa desse mesmo diploma legal.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO – Não há previsão legal para exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, bem como a interpretação do termo faturamento, pelos Tribunais Superiores, tem sido, por enquanto, pela manutenção do ICMS em seu valor.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **INDUVEST COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2002.

[Assinatura]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

[Assinatura]
Eduardo da Rocha Schmidt
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Valmar Fonseca de Menezes (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, a Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda.

Eaal/ovrs



Processo nº : 13808.001395/99-09
Recurso nº : 116.966
Acórdão nº : 202-13.669

Recorrente : **INDUVEST COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em razão do não recolhimento da COFINS no período de 31 de janeiro de 1994 a 30 de setembro de 1996.

Em impugnação, alega a Contribuinte, em suma, o seguinte:

- a) que a Fazenda Nacional teria decaído do direito de constituir o crédito tributário com relação aos fatos geradores de janeiro a setembro de 1994, conforme dispõem os artigos 150, § 4º, e 173, ambos do Código Tributário Nacional (CTN);
- b) que a multa de ofício aplicada, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), teria caráter confiscatório;
- c) que a multa aplicada deveria corresponder aos percentuais de 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento), conforme disporia a legislação aplicável;
- d) que violaria o disposto no artigo 161, § 1º, do CTN e o que dispõe o § 2º do artigo 192, da Constituição da República, a cobrança de juros calculado segundo a Taxa SELIC, pois que superiores a 1% (um por cento) ao mês; e
- e) seria inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

O Delegado da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo - SP manteve o lançamento em sua íntegra (folhas 60 a 69).

Inconformada, interpôs a Contribuinte o Recurso Voluntário de folhas 72 a 88.

É o relatório.

ms



Processo nº : 13808.001395/99-09
Recurso nº : 116.966
Acórdão nº : 202-13.669

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT

Sendo tempestivo o recurso, passo a decidir.

Inicialmente, cumpre analisar a alegação de decadência formulada pela Recorrente em seu recurso voluntário. Com efeito, dispõe o art. 173, do Código Tributário Nacional, em seu inciso II, que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados” “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

No caso, referindo-se o auto impugnado a fatos geradores ocorridos entre os meses de janeiro de 1994 a setembro de 1996, e tendo o mesmo sido lavrado em 1º de outubro de 1999, vê-se que improcede a alegação de decadência formulada pelo Contribuinte, isto porque o termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial foi o dia 1º de janeiro de 1995, e seu termo *ad quem* 1º de janeiro de 2000.

Registre-se, por oportuno, a inaplicabilidade do § 4º do art. 150 do CTN à espécie, haja vista que a Contribuinte não antecipou qualquer pagamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou neste sentido, como se vê das ementas a seguir transcritas:

“TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (Art. e 173, I, do CTN).

1. *Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).*

2. *Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*

3. *Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais.*

4. *Recurso especial improvido.”*

(RE 183603-SP, ac. unân. da 2ª T. do STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 13.8.2001)

“TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DE LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito



Processo nº : 13808.001395/99-09
Recurso nº : 116.966
Acórdão nº : 202-13.669

tributário deverá observar o disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Embargos de Divergência acolhidos."

(EmDiv no REsp 101407-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. unân. da 1ª Seção do STJ, DJU 8.5.2001).

Perfeita, por outro lado, a multa de ofício aplicada à espécie, que se conforma às disposições da Lei nº 9.430/96, cuja presunção de constitucionalidade continua absolutamente íntegra, convindo ressaltar, a propósito, que falta competência à autoridade administrativa deixar de aplicar qualquer disposição normativa ao argumento de ser a mesma ilegal ou inconstitucional.

Incensurável, também, a cobrança de juros calculados segundo a sistemática estabelecida no auto de infração impugnado, que igualmente se conforma à legislação aplicável. Adoto, neste particular, as lúcidas considerações tecidas pelo Conselheiro LUIZ ROBERTO DOMINGO no Acórdão nº 202.13-113:

"Quanto à incidência dos juros de mora calculados em taxas superiores a 1% ao mês, apesar de ter entendimento jurídico de que a forma como a Taxa SELIC foi introduzida no Sistema de Direito Positivo não foi a mais adequada, é certo que o equilíbrio nas relações jurídicas devem ser garantidas, seja pela lei, seja pelo julgador que a aplica, reformulei meu entendimento para acatar sua aplicação. Ressalto que tal posição é tomada para dirimir as divergências havidas entre a Fazenda Nacional e os contribuintes, até que seja definitivamente julgada, nos Tribunais Superiores, a ilegalidade ou inconstitucionalidade da Taxa SELIC, se for o caso.

Os juros moratórios representam indenização devida por aquele que manteve indevida posse e utilização de um capital, ou seja, são devidos em caráter indenizatório ao sujeito ativo de uma determinada obrigação pecuniária, pelo sujeito passivo que não adimpliu sua obrigação no tempo determinado, permanecendo com o valor devido.

Para delimitação do conceito, verifiquemos a definição de juros compensatórios, que são interpretados como fruto do capital empregado, ou seja, resultam da utilização consentida de capital de terceiros, que, pelo utilizador, é remunerado.

Apesar de ambos terem uma veia comum, qual seja, a remuneração pela privação do uso do capital, diferem os juros moratórios dos remuneratórios, por três aspectos, principalmente: o primeiro relativamente ao "animus" da relação jurídica estabelecida entre o sujeito ativo (titular do capital) e do sujeito passivo (utilizador do capital), uma vez que, no caso dos juros moratórios, o sujeito ativo não consente a posse do capital pelo sujeito passivo; o segundo, relativamente ao momento em que começa a fruir o prazo para o cômputo dos juros, pois, no caso dos juros moratórios, a partir do inadimplemento da obrigação, e dos juros compensatórios, do momento em



Processo nº : 13808.001395/99-09
Recurso nº : 116.966
Acórdão nº : 202-13.669

que o capital estiver disponível em mãos de terceiro até o momento do adimplemento da obrigação negociada; e, por fim, o terceiro, relativamente à natureza jurídica, sendo os juros moratórios advindos de ato ilícito e os juros compensatórios de ato lícito.

Desde logo, descarta-se a possibilidade de aplicação de juros compensatórios numa relação jurídico-tributária, haja vista não se tratar de uso consentido de capital de terceiro, mas serve o conceito para delimitar o âmbito de aplicação dos juros moratórios.

É trazida para julgamento a aplicação de juros acima de 1% ao mês, no caso, a aplicação da Taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC sobre os valores tributários inadimplidos.

Ora, a atividade tributária do Estado é ex lege, portanto, qualquer relação jurídico-tributária, que se estabeleça entre o Estado e o contribuinte, deve estar amparada pelo princípio constitucional da estrita legalidade, também expressamente previsto na legislação complementar do Código Tributário Nacional, em seu art. 9º.

Com efeito, apesar de haver disposição legal sobre a aplicação da Taxa SELIC para que seja utilizada como taxa de juros moratórios dos créditos tributários inadimplidos, não há legislação tributária que fixe, delimite ou trace os contornos ou a configuração dessa taxa, deixando para as normas infralegais tal encargo, contudo, a delegação vem se operando para fixação da taxa variável, conforme a flutuação do mercado financeiro. É um critério."

No mérito, quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, como bem salientado pelo Conselheiro LUIZ ROBERTO DOMINGO no Acórdão nº 202.13-113, no que tange à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, "*é compreensivo que a recorrente se insurja contra, uma vez que ICMS não é faturamento, é tributo. Contudo, essa posição não tem sido adotada pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), que, em diversas oportunidades, mantiveram o ICMS na base de cálculo do próprio ICMS, na do FINSOCIAL e, agora, na da COFINS, entendendo que o faturamento engloba o valor de tais tributos, que estão integrados ao valor da operação"*.

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2002. //

Eduardo da Rocha Schmidt

EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT