



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13896.000765/2007-39
Recurso nº 151.265 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.010 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de julho de 2009
Matéria Cofins
Recorrente Irmãos Russi Ltda
Recorrida DRJ - Campinas

ASSUNTO: COFINS**DECADÊNCIA - LEI Nº 8212/91 - INAPLICABILIDADE - SÚMULA Nº 8 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O prazo para constituição das contribuições sociais, incluindo as previdenciárias, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Inteligências da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

ERRO MATERIAL - INEXISTÊNCIA

A despeito das alegações do contribuinte estarem corretas em relação aos fatos contábeis, *in casu* não há que se falar em erro material uma vez que os valores comprovados como indevidos não compuseram o auto de infração.

TAXA SELIC - PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE ANALISAR ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O art. 13 da Lei nº 9.065/1995 dispõe expressamente que, para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos não pagos no vencimento serão calculados com base na taxa SELIC acumulada mensalmente. Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês apenas se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1º). No caso, a Lei nº 9.065/1995 dispôs de modo diverso. As questões constitucionais não estão no escopo deste tribunal administrativo.

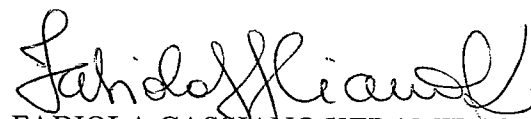
Recurso Voluntário Provido Parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE

RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência dos fatos geradores ocorridos até junho de 2002.


JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco e Alexandre Gomes. Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado em 27.06.07, com ciência dada à Recorrente em 02.07.07 – fls. 340, Vol. II - na intenção de constituir o crédito de COFINS - fls. 341/354, Vol. II - devido no período de 31/01/02 a 31/12/05.

Conforme consta do relatório da decisão de primeira instância judicial, o histórico do caso é o seguinte:

“No Termo de Constatação Fiscal de fls. 325/336, a autoridade autuante, após minudenciar o histórico da ação fiscal, relata que o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança, nº 2002.61.05.007213-2, visando o afastamento da modificação da base de cálculo e da alíquota da Cofins promovida pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Tendo obtido liminar favorável no que tange à base de cálculo, a contribuinte teve seu pedido rejeitado totalmente em primeira e segunda instância, esta última por sentença dada em 20/07/2005.

A partir do exame da documentação contábil/fiscal do sujeito passivo, a autoridade fiscal constatou recolhimento a menor da contribuição no período de janeiro de 2002 a janeiro de 2004 por conta da falta de inclusão na base de cálculo de receitas de prestação de serviços, receitas financeiras e demais receitas operacionais. Foram detectadas ainda irregularidades em exclusões relacionadas à venda de cigarros e de produtos sujeitos à incidência monofásica da contribuição.





Conforme relata a fiscalização, a partir de fevereiro de 2004, o contribuinte passou a se sujeitar à apuração da contribuição pela sistemática da não-cumulatividade, nos termos da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Mesmo sob esse novo contexto legal, a contribuinte persistiu em não submeter à tributação os valores referentes às receitas de alugueis, demais receitas operacionais e as receitas financeiras, assim como utilizou-se indevidamente dos valores referentes a operações com cigarros e com produtos sujeitos à incidência monofásica.

Intimado acerca das insuficiências apuradas, a contribuinte prestou esclarecimentos que, acatados, levaram à sua correção. Ato contínuo, a autoridade fiscal reelaborou os demonstrativos denominados "Vendas Totais", "Total de Receitas Financeiras e Outras Receitas Operacionais" e "Situação Fiscal Apurada", juntados às fls. 313/324, que, abrangendo os anos de 2002 a 2005, embasaram a constituição de ofício do crédito tributário.

A autoridade fiscal chama ainda atenção para o fato de que, a partir de agosto de 2004, por força da redução a zero das alíquotas incidentes sobre as receitas financeiras, tais rubricas não foram incluídas na base de cálculo.

Cientificado do lançamento em 02/07/2007, o sujeito passivo apresentou impugnação em 30/07/2007, fls. 392/418, alegando, em sua própria síntese:

a) nulidade do Auto de Infração, uma vez que o senhor fiscal ao efetuar a fiscalização jamais esteve na empresa, sendo quase todo o seu trabalho efetuado no seu gabinete, sem qualquer participação da defendente, ofendendo de forma flagrante os artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/72. Da mesma forma, por ocasião da fiscalização não foi obedecido o princípio da legalidade e tampouco o da ampla defesa assegurado pelo artigo 5º LV da Constituição Federal, uma vez que o senhor fiscal não deu a menor chance de participação do contribuinte no processo fiscalizatório. Ocorreu ainda nulidade, uma vez que o relatório fundamentando os motivos pelos quais a empresa foi autuada deve constar obrigatoriamente no corpo do auto de infração, o que não aconteceu, pois foram lançados no termo de diligência, havendo assim ofensa ao devido processo legal;

b) os tributos lançados entre janeiro e junho de 2002 foram abrangidos pela decadência, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, uma vez que a ciência do Auto ocorreu em 02/07/2007. Não se deve aplicar ao caso o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991;

c) os tributos lançados através do presente auto de infração e exigidos sobre 'Outras Receitas', durante o período de janeiro de 2002 até janeiro de 2004 (...), ou seja, durante a vigência da Lei 9718/98, período cumulativo, sejam considerados inexigíveis e conseqüentemente indevidos, uma vez que a Defendente interpôs o mandado de segurança número 2002.61.05.007213-2 e o Supremo Tribunal Federal o julgou procedente para excluir da base de cálculo a mencionada exigência, tratando-se de coisa



julgada, uma vez que já ocorreu o trânsito em julgado em 09.04.2.007, conforme farta documentação apensada nos autos;

d) caso, ainda, não sejam acatados os pedidos anteriores (...), requer que a multa aplicada seja reduzida para 20%, bem como seja substituída a taxa de juros SELIC por juros de 1% ao mês, conforme o art. 161, § 1º do CTN.” (destaquei)

Após analisar as razões apresentadas pela Recorrente, a Terceira Turma da Delegacia de Julgamento de Campinas proferiu o acórdão nº 05-19.277, por meio do qual deu parcial provimento à impugnação apresentada reconhecendo alguns erros contábeis bem como aplicando a decisão judicial transitada em julgado que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 no tocante à ampliação da base de cálculo do tributo, *in verbis*:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins - Período de apuração: 31/01/2002 a 31/01/2004, 29/02/2004 a 31/12/2005

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO.

É de dez anos o prazo de decadência das contribuições para a seguridade social.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NULIDADE. CONDIÇÕES.

A constituição de ofício do crédito tributário por meio de Auto de Infração somente é passível de anulação se efetuada por agente incompetente.

AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DA LAVRATURA.

A lavratura do Auto de Infração em local diverso daquele em que o sujeito passivo exerce suas atividades é compatível com o ordenamento jurídico. O local da verificação da infração não significa o local em que foi praticada.

AUDITORIA FISCAL. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO. INAPLICABILIDADE.

A auditoria fiscal rege-se pelo princípio do inquisitório e é atividade privativa da autoridade administrativa, não sendo necessária à sua validade a participação do sujeito passivo. A garantia ao contraditório e à ampla defesa está afeita à fase litigiosa do processo, que se inaugura com a impugnação tempestiva do lançamento.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO.

Constatada a falta de retenção/recolhimento da contribuição, correta a exigência de ofício do tributo não recolhido.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. DECISÃO JUDICIAL.

Em obediência a decisão judicial transitada em julgado, a base de cálculo da contribuição deve ser apurada excluindo-se as



receitas financeiras e as outras receitas, estranhas que são ao conceito de faturamento veiculado pela Lei Complementar nº 70, de 1991.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

O percentual de multa de lançamento de ofício, determinado por lei, não cabendo a discussão de seu valor no âmbito administrativo, sendo que a proibição de confisco prevista na Constituição Federal aplica-se unicamente a tributo, e não à multa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC."

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário – fls. 506/526, Vol. III - por meio do qual reiterou as alegações trazidas em sua impugnação, especialmente no tocante ao prazo decadencial de 5 anos para constituição do crédito tributário inovando em relação a suposto erro material decorrente da aplicação da decisão de primeira instância administrativa que, ao deduzir da base de cálculo do tributo os valores referentes a outras receitas (inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98) manteve valores indevidos em virtude de erro na indicação do *quantum* exonerado.

É o relatório, passo ao voto.

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme consta do relatório as questões ainda em discussão referem-se (i) a decadência; (ii) questão contábil específica; (iii) aspectos genéricos de constitucionalidade da Taxa Selic e nulidade do auto de infração.

Por ser matéria de preliminar, passo a tratar da ocorrência ou não da decadência dos valores constituídos por meio do auto de infração em análise. Conforme relatado, a ciência do auto ocorreu em julho/2007, logo, é de sumária nitidez que se encontram prescritos os valores referentes aos fatos geradores ocorridos até junho/2002. Explica-se.

É de conhecimento geral que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nº 55664, 559882 e 559943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante nº 8, *in verbis*:

"São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº


5

8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

A simples edição da citada súmula já é suficiente para o cancelamento do presente auto de infração. Não apenas em razão de ser vinculante, mas em virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal que majorava em mais 5 anos o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir tributos.

Dessa forma, não se mantém o auto em relação ao período constituído até junho/02.

Todavia, não prosperam os demais argumentos apontados pela Recorrente. Em relação à questão contábil, argumentou a Recorrente que em alguns meses estão mantidos valores inexigíveis. Isso porque a decisão de primeira instância administrativa acatou parte das alegações da impugnação e cancelou parcialmente o auto de infração lavrado, considerando indevido a COFINS constituída sobre outras receitas que não o faturamento no período em que vigia a Lei nº 9.718/98. No entender da Recorrente e, de acordo com as planilhas realizadas pela fiscalização, os valores referentes à COFINS destas “outras receitas” em alguns meses foram superiores aos valores cancelados na planilha trazida no texto da decisão administrativa de primeira instância. Este “erro material” seria perceptível na mera análise do *quantum* total autuado, indicando a Recorrente que na planilha da Fiscalização foi indicado como *total* o valor de R\$ 650.401,86, e na planilha da DRJ indicou-se o *total* de R\$ 626.795,46.

Realmente as afirmações da Recorrente são o exato reflexo da realidade. Os valores indicados pela Fiscalização às fls. 315, 318, 321 - Vol. II – nas planilhas conclusivas do procedimento fiscalizatório, indicam valores diversos (maiores) para outras receitas nos meses de setembro a dezembro/2002; fevereiro/2003; julho e agosto/2003 e janeiro/2004.

	Receitas Financeiras	Outras Receitas	Total Outras Receitas	Valor Desonerado DRJ	Diferença
jan/02	R\$ 169.366,82	R\$ 2.200.098,83	R\$ 71.083,97	R\$ 71.083,97	
fev/02	R\$ 147.437,06	R\$ 375.298,12	R\$ 15.682,06	R\$ 15.682,06	
mar/02	R\$ 146.880,80	R\$ 462.582,53	R\$ 18.283,90	R\$ 18.283,90	
abr/02	R\$ 162.110,42	R\$ 436.657,94	R\$ 17.963,05	R\$ 17.963,05	
mai/02	R\$ 161.762,82	R\$ 283.401,27	R\$ 13.354,92	R\$ 13.354,92	
jun/02	R\$ 142.751,34	R\$ 412.307,42	R\$ 16.651,76	R\$ 16.651,76	
jul/02	R\$ 148.096,83	R\$ 356.573,93	R\$ 15.140,12	R\$ 15.140,12	
ago/02	R\$ 134.569,91	R\$ 371.070,50	R\$ 15.169,21	R\$ 15.169,21	
set/02	R\$ 159.172,67	R\$ 352.403,08	R\$ 15.347,27	R\$ 15.256,89	R\$ 90,38
out/02	R\$ 163.148,59	R\$ 572.682,31	R\$ 22.074,93	R\$ 22.083,03	-R\$ 8,10
nov/02	R\$ 268.013,70	R\$ 1.000.374,12	R\$ 38.051,63	R\$ 36.954,48	R\$ 1.097,15
dez/02	R\$ 198.910,94	R\$ 954.496,17	R\$ 34.602,21	R\$ 34.446,84	R\$ 155,37
jan/03	R\$ 331.169,93	R\$ 868.175,49	R\$ 35.980,36	R\$ 35.980,36	
fev/03	R\$ 190.180,13	R\$ 565.694,27	R\$ 22.676,23	R\$ 22.671,37	R\$ 4,86
mar/03	R\$ 206.455,99	R\$ 452.564,33	R\$ 19.770,61	R\$ 19.770,61	
abr/03	R\$ 247.965,18	R\$ 553.181,08	R\$ 24.034,39	R\$ 24.034,39	
mai/03	R\$ 279.911,72	R\$ 528.472,58	R\$ 24.251,53	R\$ 24.251,53	
jun/03	R\$ 259.747,37	R\$ 391.632,20	R\$ 19.541,39	R\$ 19.541,39	
jul/03	R\$ 236.897,13	R\$ 589.876,81	R\$ 24.803,22	R\$ 24.803,21	R\$ 0,01

João

ago/03	R\$ 234.478,45	R\$ 446.835,80	R\$ 20.439,43	R\$ 19.242,13	R\$ 1.197,30
set/03	R\$ 223.667,17	R\$ 478.821,24	R\$ 21.074,65	R\$ 21.074,65	
out/03	R\$ 217.455,21	R\$ 691.130,86	R\$ 27.257,58	R\$ 27.257,58	
nov/03	R\$ 188.787,76	R\$ 920.283,65	R\$ 33.272,14	R\$ 32.946,99	R\$ 325,15
dez/03	R\$ 291.092,41	R\$ 1.168.785,70	R\$ 43.796,34	R\$ 43.796,34	
jan/04	R\$ 310.230,03	R\$ 1.026.293,43	R\$ 40.095,70	R\$ 19.354,66	R\$ 20.741,04
Total	R\$ 5.220.260,38	R\$ 16.459.693,66	R\$ 650.398,62	R\$ 626.795,44	R\$ 23.603,17

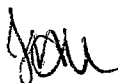
Da mesma forma, correta a Recorrente ao afirmar que o total valor constatado na fiscalização como decorrente de outras receitas era R\$ 650.398,62, e o valor desonerado pela DRJ R\$ 626.795,44. Todavia, estes fatos não significam que a diferença (R\$ 650.398,62 - R\$ 626.795,44) deve ser subtraída do total do auto de infração, pois a despeito de ter sido indicado no procedimento de fiscalização como base de cálculo da Cofins, tais valores não compuseram o auto de infração. Conforme se denota das planilhas acostadas às próprias fls.315, 318, 321 - Vol. II – os débitos foram apurados com a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo e a dedução dos valores já recolhidos, e nos meses de setembro a dezembro/2002; fevereiro/2003; julho e agosto/2003 e janeiro/2004, os valores autuados foram, respectivamente: R\$ 15.256,89; R\$ 22.083,03; R\$ 36.954,48; R\$ 34.446,84; R\$ 22.671,37; R\$24.803,21; R\$ 19.242,13; R\$ 32.946,99; R\$ 19.354,66.

Logo, improcede a alegação da Recorrente no sentido de que houve autuação indevida, uma vez que os valores reclamados não constam do auto de infração. Correta a decisão de primeira instância administrativa que cancelou os valores autuados indevidamente. A hipótese seria de pagamento indevido, quando do recolhimento regular do tributo, mas neste caso a Recorrente deveria proceder a pedidos de restituição/compensação nos termos e procedimentos formais devidos.

Em relação aos demais aspectos, adoto os fundamentos da decisão de primeira instância por não ser de competência deste tribunal apreciar a constitucionalidade das leis (ofensa ao contraditório, devido processo legal) e por não entender ocorrida qualquer nulidade seja em relação ao procedimento de fiscalização (loca de lavratura, informação de diligências, etc) seja em relação às alegações de coisa julgada.

Especificamente quanto à alegação de inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, o art. 13 da Lei nº 9.065/1995 dispõe expressamente que, para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos não pagos no vencimento, serão calculados, a partir de 01/04/1995, com base na taxa SELIC acumulada mensalmente. Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1º). No caso, a Lei dispôs de modo diverso, estando, também, em consonância com o CTN.

Fica claro, portanto, que não há qualquer ilegalidade no cálculo dos juros de mora efetuado com base na taxa SELIC.



Ante o exposto, concluo por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da Recorrente, para o fim de reconhecer a decadência dos fatos geradores ocorridos até junho/02, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2009


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

