



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

Processo nº 13971.000456/2007-19
Recurso nº 160.379 Voluntário
Acórdão nº 1802-00531 – 2ª Turma Especial
Sessão de 06 de julho de 2010.
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente DIKAMA LHAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES DE MALHAS LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

ARBITRAMENTO DOS LUCROS

O imposto devido será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, com a inclusão de toda a movimentação financeira, inclusive bancária, no caso de opção pelo lucro presumido.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, II, da Lei nº 9.430/96, quando demonstrado que a conduta do sujeito passivo se enquadra no art. 71, I, da Lei nº 4.502/64.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL, PIS e COFINS

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE AFRONTA AO CTN - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, MULTA DE OFÍCIO E JUROS SELIC

O controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário. Descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico nacional. Da mesma forma, também não cabe afastar a aplicação de normas legais plenamente vigentes, em razão de suposta afronta ao CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Gilberto Baptista e João Francisco Bianco, que reduziam a multa de ofício para 75%, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



Ester Marques Lins De Sousa - Presidente



José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator

EDITADO EM: 05 AGO 2010

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros. Ester Marques Lins de Sousa (Presidente de Turma), José de Oliveira Ferraz Corrêa, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior, Nelso Kichel, Gilberto Baptista (Suplente Convocado), João Francisco Bianco (Vice Presidente de Turma)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC, que considerou procedente o lançamento realizado para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa da Jurídica – IRPJ e reflexos.

Por muito bem descrever os fatos, reproduzo o relatório constante da decisão de primeira instância, Acórdão nº 07-9.765, às fls. 427 a 432:

*Contra a Interessada, foram lavrados os Autos de Infração, pela sistemática do **Lucro Arbitrado**, os quais lhe exigem o recolhimento das importâncias de **R\$ 64.738,84**, a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – **IRPJ** (fls 221 a 227), de **R\$ 24.019,26**, a título de **Contribuição para o Pis/Pasep** (fls 228 a 235), de **R\$ 110.858,30**, a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – **COFINS** (fls 236 a 243) e de **R\$ 39.908,99** a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – **CSLL** (fls 244 a 250), acrescida de multa de ofício de **150%** e juros de mora, relativamente a fatos geradores trimestrais ocorridos em 2004.*

*O lucro relativamente a estes trimestres foi **arbitrado** com base no art.530, inciso III do RIR/99 (enquadramento legal do Auto, fl 226).*

Art 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei 8.981, de 1995, art.47, e Lei 9.430, de 1996, art 1º).

[...]

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art.527;

*Do **Termo de Verificação e Encerramento de Fiscalização** (fls 320 a 330) parte integrante do Auto de Infração, extrai-se a irregularidade apontada.*

I. Dos Procedimentos Fiscais

[...]

4. Em virtude da entrega incompleta dos elementos requeridos no Termo de Início, em 21/12/06 a empresa tomou ciência por AR em seu endereço real, do Termo de Intimação Fiscal 2006 0318/01 (DOC.10), re-intimando principalmente a apresentação de seus livros contábeis (diário, razão ou livro caixa) e alertando expressamente sobre a possibilidade legal de arbitramento dos lucros em caso de não cumprimento.

5. Em 08/02/2007, a fiscalização novamente intimou a empresa, constatando a não apresentação dos livros contábeis e informando-a da apuração do IRPJ pelo Lucro Arbitrado, bem como requerendo sua manifestação em relação à apuração dos tributos devidos com base na receita bruta conhecida registrada nos livros fiscais (Termo de Intimação Fiscal 2006.0318/02 e resposta da contribuinte (DOC 11)).

6. Também foi ressaltado à empresa que a constatação de omissão de receitas foi confirmada pela própria fiscalizada, ao realizar sem o amparo legal da espontaneidade (uma vez que já havia iniciado o procedimento fiscal), a entrega em 13/12/06, de DIPJ retificadora na forma do Lucro Presumido, que informa na expressão da verdade (Decreto-lei n. 2124/84, art.5º e Lei n. 9779/99, art.16) as receitas comentadas. Da mesma forma, a apuração dos tributos devidos efetuada na DIPJ entregue em 13/12 foi seguida pela sua confissão mediante entrega (sem espontaneidade) das DCTF do 1º ao 4º trimestres de 2004

II. Do Arbitramento

7. A fiscalizada, não obstante as oportunidades e os prazos que lhe foram concedidos, não apresentou os livros diário e razão, ou o livro caixa, relativos ao período de 2004

[...]

Após ter sido devidamente alertada das conseqüências legais das não apresentação da escrituração contábil, nos termos da legislação comercial, a empresa deu ensejo à adoção da sistemática do Lucro Arbitrado na apuração do IRPJ, de acordo com o inciso III do art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

[...]

III. Receitas Operacionais Omitidas

[...]

10. Ao se lavrar o Termo de Intimação Fiscal 2005.00318/02, oportunizou-se à contribuinte manifestar-se sobre a receita bruta conhecida com base no Livro de Apuração de ICMS apresentado, bem como sobre o cálculo dos tributos devidos.

11. A resposta da empresa confirma os valores constantes da tabela em anexo ao citado Termo de Intimação.

12. Verifica-se também que a apuração efetuada pela fiscalização coincide com os dados enviados pela própria contribuinte na DIPJ e DCTF entregues após o início da ação fiscal.

13. Os valores de receitas de venda de mercadorias referem-se tanto às bases de cálculo para a apuração trimestral do IRPJ, quanto da apuração reflexa da CSLL, com base no lucro arbitrado

14. Tais valores também foram considerados como bases de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, pois a

apuração dessas contribuições é decorrente dos mesmos fatos motivadores da exigência do IRPJ e da CSLL.

[...]

IV. Da Qualificação da Multa de Ofício

[...]

20. No caso da empresa fiscalizada, conforme se depreende dos fatos evidenciados, durante todos os meses de 2004, de forma reiterada, comprovadamente omitiu-se de declarar a **integralidade** de suas receitas para fins de apuração dos tributos federais.

21. Ou seja, é um comportamento que não pode ser relacionado a acontecimentos fortuitos ou isolados, não se podendo cogitar alguma espécie de equívoco. Ao contrário, retratou a característica inconfundível de dolo, mediante a intenção específica de ocultar da Receita Federal a realidade concernente aos fatos geradores de suas obrigações tributárias

22. Desta forma, caracterizado o evidente intuito de fraude, cabe ao fisco aplicar a multa qualificada de que trata o inciso II do artigo 957 do RIR/99.

[.][o destaque é do original]

A autuada apresentou **impugnação** a cada tributo/contribuição objeto do lançamento.

Na **Impugnação** de fls.264 a 285, após resumir o procedimento fiscal efetivado, tece extenso arrazoado (fls 265 a 274) no item que denomina **Da Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS**, para concluir que "Sendo assim, visualizados os motivos que levam à exclusão do imposto estadual da base de cálculo da COFINS e do PIS, torna-se imperioso se concluir pela inconstitucionalidade dos dispositivos das Leis nºs 9 718/98, 10 637/02 e 10 833/03, bem como das Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91, que determinam a indevida tributação."

Ainda na impugnação, das fls 274 a 278, reclama pela **inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada**, trazendo ementas de julgados do Conselho de Contribuintes, que afastam a aplicação da multa de 150% quando não demonstrado o dolo. Alega que também no seu caso, "[...] a Autoridade Fiscal não comprovou o intuito de fraude exigido pelos artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/74, a fim de ensejar a aplicação da multa qualificada. Ao contrário, a própria Autoridade Fiscal expressamente reconhece que a Impugnante apresentou documentos, nos quais declarou exatamente os mesmos valores apurados pela fiscalização."

Por fim, das fls. 278 a 285, no item **Impossibilidade de Aplicação da Taxa Selic**, contesta a aplicação da legislação citado no lançamento acerca dos juros de mora.



A Impugnação acostada às fls 302 a 323 é cópia da já relatoriada.

Na impugnação acostada às fls 340 a 361, agora com menção ao **IRPJ**, a contribuinte, além dos argumentos já relatorizados, traz alegações contra o arbitramento feito que a seguir se resume:

- Da Ilegalidade do Arbitramento

- descreve que confirmou o conhecimento da receita bruta, com base no Livro de Apuração de ICMS, e que por isto [...] não havia motivo para a Autoridade Fiscal ter arbitrado o lucro da empresa, pois a Impugnante, ainda que após o início da ação fiscal, entregou a documentação necessária para a apuração da sua receita bruta."

- que o arbitramento é medida extrema, a ser tomada em último caso, ou seja, somente quando restarem infrutíferas as buscas pelo resultado pretendido; que não pode ser utilizado pela Autoridade fiscal como punição ao contribuinte; neste sentido, traz ementas de julgados do Conselho de Contribuintes e do TRF da 4ª (fls 342 a 345) para concluir que "Ora, os julgados supra transcritos são claros ao consignar que, tendo o contribuinte regularizado sua escrita fiscal, fornecendo elementos para que a Autoridade Fiscal pudesse conhecer a receita bruta da empresa, o arbitramento é medida que não se concebe."

- que se o interesse do Fisco está em apurar a verdade material, uma vez atingido seu objetivo, como ocorreu no caso em tela, eis que, analisando os documentos postos a sua disposição, apurou o valor exato da receita bruta da empresa, encerra-se a atividade administrativa, não se justificando o arbitramento realizado; (traz doutrina, fls.345 a 349, para concluir que "[...] no processo administrativo tributário, sempre deverá prevalecer a verdade material, ou seja, a desconsideração dos documentos apresentados pela Impugnante, jamais poderá ocorrer, se a sua contabilidade, amparada em documentação idônea, representar, como no caso em espécie, a realidade dos fatos ocorridos na vida da pessoa jurídica."

- que conforme se infere do Termo Fiscal, o único argumento utilizado para justificar o arbitramento do lucro se refere à suposta ausência de escrituração contábil, no entanto, em total contradição, a própria Autoridade Fiscal reconhece que a apuração do IRPJ devido ocorreu "com base na receita bruta conhecida registrada nos livros fiscais (Termo de Intimação Fiscal n. 2006 318/02 e resposta da contribuinte (DOC 11))";

- que, não obstante o reconhecimento de que a documentação apresentada pela Impugnante serviu de base para a apuração da receita bruta, a Autoridade Fiscal desconsiderou a DIPJ e a DCTF apresentadas, ao argumento de que foram entregues após o início da ação fiscal, arbitrando o lucro da empresa; que a escrituração contábil apresentada pelo contribuinte faz lhe prova a favor (fl.350);

- que não restam dúvidas, portanto, quanto à improcedência do presente Auto de Infração, eis que o arbitramento realizado encontra-se civado de ilegalidade, haja vista que, embora a

Impugnante tenha disponibilizado todos os documentos necessários para a apuração da sua receita bruta, a Autoridade Fiscal, ao invés de investigar a verdade dos fatos, preferiu arbitrar o lucro da Impugnante;

As demais alegações (Da Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Multa Aplicada, fls.350 a 354, e a Impossibilidade de Aplicação das Taxa Selic, fls.354 a 361), são idênticas às que constam nas demais, já mencionadas no Relatório.

*Na Impugnação à **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL** (fls 340 a 361), a impugnação é idêntica à manifestada contra o lançamento do IRPJ*

(grifos do original)

Conforme mencionado, a DRJ Florianópolis/SC considerou procedente o lançamento, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário. 2004

Lucro Arbitrado

O imposto devido será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, com a inclusão de toda a movimentação financeira, no caso da opção pelo lucro presumido.

Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados

CSLL. Lançamento Decorrente. Efeitos.

Mantida a matéria tributável apurada no lançamento do IRPJ, sendo a mesma que deu causa ao lançamento da CSLL, permanece inalterado o lançamento desta contribuição, face à íntima relação de causa e efeito entre os lançamentos de IRPJ (principal) e os ditos decorrentes.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2004

Multa de Ofício. Duplicação. Aplicabilidade

Constatado que na conduta da Fiscalizada existem as condições previstas nos arts.71, 72 e 73 da Lei nº 4 502, de 1964, cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do



art 44 da Lei nº 9 430/96, com nova redação dada pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa SELIC

Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

ICMS. Exclusão Base de Cálculo. Impossibilidade

Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

ICMS. Exclusão Base de Cálculo. Impossibilidade

Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Lançamento Procedente

(grifos do original)

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 11/06/2007, a Contribuinte apresentou em 06/07/2007 o recurso voluntário de fls. 438 a 472, onde reitera os mesmos argumentos de suas impugnações, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Este é o Relatório.



Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, o litígio abrange crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, relativamente a fatos ocorridos ao longo do ano de 2004.

Depreende-se dos autos que a Contribuinte havia apresentado DIPJ com os valores totalmente zerados, como se não tivesse realizado atividade operacional naquele período.

Embora tenha informado a opção pelo lucro presumido na DIPJ, o contexto dos fatos indica que não foi realizado qualquer recolhimento a título de IRPJ, para consolidar essa opção. Também não há indicação de recolhimento para os demais tributos lançados.

Após iniciada a fiscalização, a Contribuinte retificou a declaração, para prestar as devidas informações à Receita Federal. E dessa mesma forma procedeu em relação às DCTF, embora não mais pudesse usufruir dos benefícios da espontaneidade.

No decorrer da auditoria fiscal, foram realizadas várias intimações para a apresentação dos livros Diário e Razão, ou Livro Caixa, mas esses livros não foram apresentados.

Em suas peças de defesa, a Contribuinte se insurge contra o arbitramento dos lucros, alegando que ele não seria cabível, uma vez a que a receita bruta da empresa tornou-se conhecida com a apresentação dos livros fiscais e da declaração retificadora. O livro fiscal, no caso, é o Livro de Apuração de ICMS.

Ocorre que o fato de a Fiscalização tomar conhecimento da receita bruta da empresa em nada prejudica o arbitramento. Ao contrário, pois esse elemento configura a base para a incidência dos coeficientes de arbitramento, conforme definido no art. 532 do RIR/99:

Art 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, §11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

(grifo acrescido)

É importante esclarecer que a apresentação do Livro de Apuração de ICMS não supre a necessidade do Livro Caixa, pois é somente este que indica a movimentação financeira, inclusive bancária, da empresa. Aliás, essa informação poderia também ser obtida pelos livros Diário e Razão, mas estes, da mesma forma, não foram apresentados.

A exigência destes livros, portanto, não configura uma mera formalidade, e é justamente por isso que a lei prevê a possibilidade de arbitramento quando o Contribuinte deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese de ela ter optado pelo lucro presumido (art. 530, III, do RIR/99).

Aliás, no caso sob exame nem mesmo houve tal opção, posto que ela se daria com o pagamento da primeira ou única quota do imposto correspondente ao primeiro período de apuração do ano-calendário (art. 516, § 4º, do RIR/99), o que não ocorreu. A indicação é de que não houve qualquer pagamento, inclusive para os demais períodos de apuração.

Deste modo, não há qualquer reparo a fazer na decisão que manteve o arbitramento dos lucros.

Quanto à qualificação da multa, considero importante afirmar inicialmente que o Dolo, como elemento subjetivo do tipo tributário-penal qualificado, pode também estar presente nas condutas omissivas, e não apenas naquelas onde se constata uma falsidade materializada documentalmente.

Como elemento subjetivo do tipo, o Dolo é a consciência e a vontade de o agente realizar a conduta que está descrita em cada um dos tipos legais. E como vontade e consciência, jamais estará colado ao próprio fato que está sendo taxado como infração ou delito, ao contrário, o Dolo é sempre revelado no contexto geral dos fatos, ou seja, nos elementos que circundam o ocorrido.

Não fosse assim, não haveria a previsão dos crimes omissivos impróprios no Direito Penal, que traz o dolo como regra.

Em razão disso, no âmbito das relações jurídico-tributárias, resta cada vez mais superado o tabu quanto à possibilidade de visualização do dolo nas condutas omissivas, ou seja, naquelas em que o contribuinte se omite na prática de algum ato, buscando eximir-se do recolhimento de tributos, por exemplo, quando, de forma contumaz, deixa de declarar as suas receitas.

Realmente, não é correta a idéia de que, para a qualificação da multa, deve haver necessariamente uma prova material do dolo, até porque, dada a sua natureza, como consciência e vontade, isto nem sempre é possível. O que se prova materialmente são fatos, por meio do chamado corpo de delito. E é justamente por isso que o dolo pode estar na omissão, ou seja, em uma não ação.

Os próprios tipos legais para a qualificação da multa, nos termos da Lei 4.502/1964, não deixam qualquer dúvida a esse respeito:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato

gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

(grifos acrescidos)

Não bastasse o dolo de omissão, também é importante ressaltar, em relação especificamente a esse caso, que a Contribuinte apresentou uma DIPJ com valores zerados, como se estivesse inoperante, fato que configura uma ação tendente a dissimular a ocorrência dos fatos geradores.

E a retificação da declaração, após iniciada a ação fiscal, juntamente com a apresentação do Livro de Apuração de ICMS não tem o condão de descaracterizar a infração já consumada anteriormente. Nesse sentido, vale esclarecer que a conduta da Contribuinte durante a auditoria fiscal guarda relação com a hipótese de agravamento da multa, figura que não se confunde com a sua qualificação.

Portanto, considero plenamente configurada a hipótese da qualificadora.

Em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal concedeu a seguinte medida cautelar no curso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18:

Medida cautelar Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF) Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal (grifos acrescidos)

Essa cautelar ainda continua em vigor, não havendo até o momento qualquer decisão definitiva do STF sobre a matéria, e a lei é bastante clara ao determinar que apenas seja excluído da base de cálculo das referidas contribuições o “ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”.

Com efeito, não há previsão legal para a exclusão do ICMS normal, ou seja, aquele cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de contribuinte.

Nesse sentido, é oportuno lembrar que apenas de modo excepcional, havendo prévia decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, e cumpridos os requisitos do Decreto nº 2.346/97 ou do art. 103-A da Constituição, o que não ocorreu no presente caso, é que a Administração Pública deixaria de aplicar a norma legal.

Essa questão inclusive já foi sumulada pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes:

Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vale ressaltar ainda que o procedimento de lançamento, e, conseqüentemente, o de sua revisão administrativa, são realizados mediante atividade vinculada e obrigatória, conforme parágrafo único do art. 142 do CTN.

Assim, tratando-se de norma legal expressa, validamente posta no ordenamento jurídico, com presunção de constitucionalidade, não cabe à Administração negar aplicação à mesma.

No que toca à alegação sobre a desproporcionalidade e o efeito de confisco da multa de ofício, em razão de seu percentual, cujo acolhimento também implicaria no afastamento de norma legal vigente (art. 44, II, da Lei 9.430/96), por suposta inconstitucionalidade, cabe, da mesma forma, ressaltar que falece a esse órgão de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza, que está a cargo do Poder Judiciário, exclusivamente, pelas mesmas razões já apresentadas anteriormente.

O mesmo se pode dizer da aplicação da taxa “Selic”. Não compete a esse órgão administrativo de julgamento afastar a aplicação de norma legal em pleno vigor.

O art. 161 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, estabelece que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora...*, e no seu parágrafo primeiro determina que *se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.*

Portanto, a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser definida em percentual diferente de 1%. Basta que uma lei ordinária assim determine.

Neste contexto, o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, assim dispõe:

Artigo 61 Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria de Receita Federal cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

E o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, estabelece que:

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do



mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento

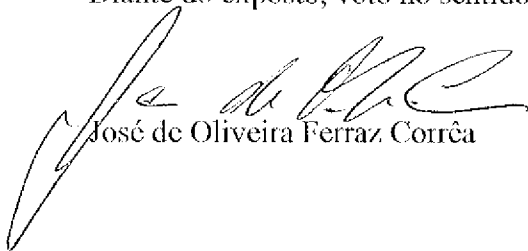
Portanto, incumbe a esse órgão julgador cumprir a norma legal que se encontra em pleno vigor, aplicando-a às situações concretamente verificadas, não lhe cabendo a apreciação da alegada inconstitucionalidade ou ilegalidade da taxa SELIC.

Apenas vale frisar que essa mesma taxa de juros é garantida aos Contribuintes nos casos de restituição de indébitos. O tratamento, portanto, é isonômico, ou seja, tanto vale para a cobrança, quanto para a devolução de valores, o que reforça a justeza de sua aplicação.

Finalmente, registro que a matéria também já se encontra sumulada:

Súmula 1ª CC nº 4 - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.



José de Oliveira Ferraz Corrêa