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

Processo nº	18471.000070/2007-61
Recurso nº	255.142 Voluntário
Acórdão nº	**3403-000.902 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	7 de abril de 2011
Matéria	COFINS
Recorrente	PROED GRÁFICA E EDITORA LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Fato gerador: 07/1999 a 10/2006

EMENTA: RECURSO DE OFÍCIO. RECEITA DE PERIÓDICOS RELATIVOS AO SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. LISTA TELEFÔNICA. REGIME NÃO-CUMULATIVO. No período entre 01/02/2004 e 01/05/2004 a receita do fornecimento de periódicos com informações para os usuários do sistema de telefonia estava sujeito à incidência da Cofins no regime não-cumulativo, com fundamento na Lei nº 10.833/2003, sendo nula a exigência fundada na Lei nº 9.718/98.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. A Súmula Vinculante n° 8, do Supremo Tribunal Federal, implicou na declaração de inconstitucionalidade do art. 45 e da Lei n° 8.212, de 1991, que fixava em 10 anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais.

Na hipótese de lançamento por homologação, deve ser aplicado o disposto no artigo 150, § 4° do CTN, de modo que o lançamento de ofício apenas pode alcançar os fatos geradores ocorridos nos cinco anos anteriores à constituição do crédito pela notificação do auto de infração.

O lançamento por homologação se configura tanto quando o contribuinte ou adianta o recolhimento como quando se limita a apresentar a declaração, sem o adiantamento do pagamento, visto que é o instrumento por meio do qual promove a identificação da matéria tributável, na forma do art. 142 c/c art. 150 do CTN.

LISTAS TELEFÔNICAS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ao ser entregue, a lista telefônica passa a pertencer ao usuário, que não é obrigado contratualmente a devolvê-la. Nem existe previsão contratual de que a propriedade da lista seria da empresa que a confecciona ou da empresa de telefonia que paga pela divulgação, não se podendo cogitar da possibilidade de que se configure um contrato de locação.

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

IMUNIDADE DOS PERIÓDICOS. ART. 150, VI, "C" DA CONSTITUIÇÃO. O âmbito de aplicação da imunidade prevista no art. 150 da Constituição é circunscrito à espécie tributária dos impostos, não se aplicando às contribuições sociais, como é o caso da Cofins.

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO DE CONFISCO. IMPOSSIBILIDADE DE JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE. A multa de ofício tem natureza punitiva, motivo pelo qual não se lhe aplica o art. 150, VI, da Constituição, que contempla o princípio do não confisco em relação a tributos. De outro lado, utilizar o princípio constitucional do não confisco ou mesmo da razoabilidade para afastar a aplicação do dispositivo de lei que determinada a aplicação da multa de 75% envolveria inequívoco juízo de inconstitucionalidade da Lei, que está fora do âmbito de competência deste Conselho. Matéria sumulada (Súmula CARF nº 2).

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir do lançamento os fatos geradores ocorridos até janeiro de 2002, inclusive, em razão da decadência. Esteve presente ao julgamento o Dr. Wagner Britto Vaz de Oliveira. OAB/DF nº 34.210.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Ivan Allegretti – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Morais Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 329/350) lavrado para a exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação aos fatos geradores do período 07/1999 a 10/2006.

A notificação do contribuinte aconteceu em 12/02/2007 (fl. 329).

A motivação do auto de infração explica que a fiscalização aconteceu no âmbito do "*processo administrativo de acompanhamento do Mandado de Segurança num. 2004.5101007197-3, da 14 Vara Federal no Rio de Janeiro, no qual a impetrante busca eximir-se do recolhimento do PIS conforme determina a Lei 9718/98. Considerando que a liminar foi indeferida e que a sentença denegou a segurança e considerando a falta de recolhimento e declaração das Contribuições para o PIS e a COFINS, efetuamos o presente lançamento*" (fl. 330).

O Termo de Verificação Fiscal, por sua vez, também explica que *"a empresa começou a ter receita operacional a partir do mês de junho de 1999*" (fl. 214) e que em relação ao período de 06/99 a 11/2002 a apuração se deu pelo regime cumulativo, e que de 12/2002 a 10/2006 pelo regime não cumulativo (fl. 214).

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

A apuração do valor devido foi feita considerando tanto o devido abatimento dos recolhimentos realizados pela contribuinte (fls. 320/321) como tambem, em relação ao período sujeito ao regime não-cumulativo, com o levantamento dos créditos a serem abatidos do valor devido (fl. 296).

A contribuinte apresentou impugnação (fls. 442/477), cujos argumentos foram bem resumidos pelo acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ), nos seguintes termos (fls. 755/756):

> *Cientificada em 12/02/2007, a interessada apresentou em 14/03/2007 a impugnação de fls. 442/477, na qual alegou:*
>
> *- Ser totalmente descabido o Auto de Infração lavrado, uma vez que as receitas auferidas pela Impugnante decorrem da locação das listas telefônicas, que conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não é fato gerador da Cofins, e mesmo que assim não fosse, as listas telefônicas são imunes à Cofins, verdadeiro imposto inominado, nos termos da alínea "d", do inciso VI do art. 150 da CF;*
>
> *- Apenas para argumentar, alega que mesmo que as receitas auferidas pudessem ser tributadas pela Cotins, o Auto é insubsistente, visto que o direito do Fisco Federal de proceder o lançamento dos supostos créditos decaiu, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN;*
>
> *- Que detém um termo de cessão no qual as empresas Telelistas (Região I) Ltda. e a Telelistas Editora S/A cedem à impugnante todas as suas obrigações previstas nos contratos de edição e em seus anexos, referentes às atividades de produção e distribuição das listas telefônicas obrigatórias das Concessionárias Telemar. Argumenta que as listas telefônicas não são vendidas às Companhias Telefônicas. Os contratos firmados entre a Telelistas e a Telemar possuem a natureza de locação de bens móveis, cujos direitos foram cedidos à impugnante, sendo certo que a impugnante possui a obrigação de editar e distribuir as listas telefônicas e o direito de receber diretamente das Concessionárias Telemar, o que faz com que as receitas auferidas sejam receitas provenientes de locação de bens móveis. Tendo em vista que a locação implica numa obrigação de dar coisa certa, que não se confunde com a prestação de serviços, tem-se que a contraprestação da locação não compõe o faturamento da empresa, razão pela qual não há que incidir Cofins;*
>
> *- Que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 346084/PR, declarou a inconstitucionalidade do §1° do artigo 3° da Lei n° 9.718/98. Assim, ficam de fora do campo de incidência da Cofins as receitas financeiras, as decorrentes de aluguel, quando essa atividade não fizer parte do objeto social da pessoa jurídica, ganhos de capital, dentre outras, nos termos da LC n°70/91. Desse modo, as receitas de locação de listas telefônicas não se sujeitam à Cofins, por não constituírem faturamento e por conseqüência, não constituírem base de*

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

cálculo da referida exação até fevereiro de 2004, quando então passou a vigorar a Lei n° 10.833103.

- Que em razão de faltar à Cofins a característica contraprestacional típica das contribuições especiais e, principalmente, após a desvinculação do produto de sua arrecadação, tal tributo tomou-se, em verdade imposto, visto que nasce a obrigação de pagar o tributo com a simples ocorrência do fato gerador, independentemente do destino a ser dado ao tributo, o que é a principal característica dos impostos.

- Demonstrado que a Cofins é, em verdade imposto inominado, são aplicáveis a esse tributo todas as normas referentes aos impostos em geral, inclusive a disposição contida no art. 150, inciso VI, alínea `ti" da CF/88, que veda a tributação de operações com livros, jornais , periódicos e papel destinado à sua impressão. Tratam-se as listas telefônicas de periódicos, conforme expressamente definido pelo art. 3° do Decreto n° 1.051/94 e portanto, beneficiam-se da referida imunidade tributária.

- Por fim, contesta a multa de ofício de 75%, alegando ter a mesma caráter confiscatório, em ofensa ao disposto no art. 150, inciso VI, da Constituição Federal.

A DRJ, por meio do Acórdão nº 13-16.978, de 30 de agosto de 2007 (fls. 753/760), entendeu pela manutenção parcial do auto de infração pelo seguinte entendimento, resumido em sua ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/10/2006

DECADÊNCIA

O prazo decadencial para a constituição de créditos relativos à Contribuição para a Cofins é de 10 (dez) anos, iniciando-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar argüições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E DO PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO (CF/88, 150, VI, D)

A imunidade relativa aos livros, jornais, periódicos e ao papel destinado a sua impressão alcança apenas os impostos, não abrangendo outras espécies tributárias.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

COFINS. CUMULATIVIDADE

As receitas auferidas por pessoas jurídicas, decorrentes da edição de periódicos e de informações neles contidas, que sejam relativas aos assinantes dos serviços públicos de telefonia, retornaram, a partir de 01/05/2004, a sujeitar-se à tributação cumulativa da Cofins.

Lançamento Procedente em Parte

Houve o cancelamento do auto de infração apenas em relação aos fatos geradores 02, 03 e 04/2004, pelas seguintes razões:

A Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, resultante da conversão em Lei da Medida Provisória n° 135, de 30 de outubro de 2003, disciplinou a cobrança da Cofins de incidência não cumulativa e produziu efeitos a partir de 1° de fevereiro de 2004, nos termos do art. 68, inciso I, da MP n°135 e art. 93, inciso Ida Lei n° 10.833, de 29/12/03.

Posteriormente, a Lei 10.865, de 30 de abril de 2004, em seu art. 21 incluiu o inciso XVII ao art. 10° da Lei 10.833, abaixo transcrito:

> *Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:*
>
> *XVII - as receitas auferidas por pessoas jurídicas, decorrentes da edição de periódicos e de informações neles comidas, que sejam relativas aos assinantes dos serviços públicos de telefonia;*

Do exposto conclui-se que nos meses de fevereiro março e abril de 2004 a autuada deveria apurar a Cofins de incidência não cumulativa, nos termos da Lei 10.833/03, retornando à sistemática cumulativa a partir do mês de maio de 2004. Tal fato, entretanto, não foi considerado pelo fiscal autuante, que lançou a Cofins, para todo o período auditado, sob a forma cumulativa, fundamentando-se na Lei 9.718/98.

Por todos os fundamentos expostos, conheço da impugnação, e voto pela procedência em parte do lançamento, devendo-se exonerar os lançamentos relativos aos meses de fevereiro, março e abril de 2004 e manter os demais créditos constituídos no auto de infração.

Houve então recurso de ofício, tendo em vista que ultrapassar o valor estabelecido como piso para esta modalidade de recurso.

A contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 767/807) reiterando os mesmos fundamentos de usa impugnação.

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator.

O recurso de ofício supera o limite de alçada, mesmo depois da atualização pela Portaria MF n 3/2008, motivo pelo qual deve ser conhecido.

O recurso voluntário, por sua vez, é tempestivo (fls. 57 e 58) motivo pelo qual dele também conheço.

a) O recurso de ofício.

Entendo que assiste razão ao entendimento da DRJ que acabou dando causa ao cancelamento do auto de infração.

Em síntese, percebeu o julgador que no período entre 01/02/2004 e 01/05/2004 as receitas em questão estavam sujeitas ao regime não-cumulativo de incidência da Cofins, na forma dos arts. 1º a 6º da Lei nº 10.833/2003.

Com a edição da Lei nº 10.865/2004, foi incluído o inciso XVII ao art. 10 da Lei nº 10.833/2003, dispondo que o regime não-cumulativo de incidência da Cofins passava a não se aplicar em relação "*as receitas auferidas por pessoas jurídicas, decorrentes da edição de periódicos e de informações neles contidas, que sejam relativas aos assinantes dos serviços públicos de telefonia*".

Concordo que a violação ao comando legal é tão patente que se torna um imperativo de ordem pública fazer o ajuste do auto de infração – verdadeiro saneamento – para que corresponda à legalidade.

Em relação aos fatos geradores 02, 03 e 04/2004 a Cofins apenas poderia ser exigida com fundamento na Lei nº 10.833/2003, que submetia a apuração ao regime cumulativo, sendo ilegal sua exigência com fundamento e na forma da Lei nº 9.718/98, como o fez o auto de infração.

Entendo, por isso, que deve ser mantido o entendimento do acórdão da DRJ na parte em que cancelou a exigência em relação aos fatos geradores 02, 03 e 04/2004.

Nego provimento ao recurso de ofício

b) A decadência.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do do artigo 45 da Lei n° 8.212, de 1991, que fixava em 10 anos o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pelo lançamento.

> *Deste julgamento resultou a edição da Súmula Vinculante n° 8, com o seguinte teor:*
>
> *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.*

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

(DJe nº 112/2008, p. 1, em 20/6/2008. DO de 20/6/2008, p. 1.)

Afastada a aplicação do art. 45 da Lei n° 8.212/91 pela declaração de sua inconstitucionalidade, toma seu lugar, neste caso concreto, o artigo 150, § 4° do CTN.

É fora de dúvida de que nos casos em que o contribuinte apresenta o pagamento resta configurado o lançamento por homologação, atraindo a aplicação do artigo 150, § 4° do CTN.

Mas entendo que o lançamento por homologação se configura igualmente quando o contribuinte apresenta a declaração, por meio da qual demonstra a apuração do tributo, pois com isso estará promovendo a mesma atividade prevista no art. 142 do CTN, de modo que também nestes casos de aplica o disposto no caput do art. 150 do CTN, independente de ter havido o adiantamento do pagamento.

Assim, o lançamento apenas poderia alcançar os fatos geradores ocorridos nos cinco anos anteriores à constituição do crédito tributário.

Neste caso a notificação do auto de infração aconteceu em 12/02/2007 (f. 329).

Assim, embora o auto de infração pretenda a constituição do crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos entre 07/99 e 10/2006, apenas poderia alcançar os fatos geradores 02/2002 e posteriores, encontrando-se atingidos pela decadência os fatos geradores 01/2002, inclusive, e anteriores.

c) Fornecimento de listas telefônicas não configura locação de bem móvel.

Primeiramente cabe esclarecer que o presente fundamento de direito, esgrimido pela contribuinte, não foi veiculado na ação judicial, de modo que não se aplica em relação a ele a concomitância.

A contribuinte pretende na operação de fornecimento de listas telefônicas uma locação.

Argumenta que "*em relac□ ão aos contratos firmados pelas empresas TeleListas com as operadoras, a "Cláusula 6.7" dispõe que os exemplares em suporte físico (impressos ou em CD-ROM) de todas as edic□ ões anteriores serão recolhidos. Na verdade, as listas telefo□ nicas são periodicamente recolhidas pela Recorrente a fim de se realizar a atualizac□ ão cadastral dos assinantes e anunciantes para posterior divulgac□ ão, restando claro, pois, que as listas telefo□ nicas editadas e distribuídas pelaRecorrente não são vendidas às Companhias Telefo□nicas*", e que por isso "*os contrratos firmados entre a TeleListas e as empresas do Sistema Telemar possuem a natureza de locação de bens móveis, cujos direitos foram cedidos à Recorrente, sendo certo que, como dito, a Recorrente possuia obrigação de editar e distribuir as listas telefônicas e o direito de receber diretamente das Concessionárias Telemar, o que faz com que as receitas auferidas pela Recorrente sejam receitas provenientes de locação de bens móveis" (fl. 778).*

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

Não há margem de interpretação para tamanha ginástica, tendo em vista que o contrato de locação é aquele em que o locatário usufrui de um bem durável, o qual permanece na propriedade do locador.

Ora, a lista telefônica não permanece sob a propriedade de quem a fabricou. O usuário da lista torna-se proprietário da lista enquanto bem, não se obrigando contratualmente a devolvê-la para quem quer que seja.

O recolhimento periódico das listas antigas, a toda evidência, é incidental, e não contratual – não decorre de um vínculo jurídico de locação.

Não há prova da existência de um contrato de locação, e dos seus termos, muito menos da emissão de recibo ou nota fiscal a este título.

O pagamento que a contribuinte recebe das empresas de telefonia, portanto, definitivamente não remunera uma locação.

d) Imunidade do art. 150, VI, "d", é circunscrita a impostos.

A contribuinte insiste na alegação de que a edição de listas telefônicas deve ser considerada como uma publicação periódica, estando por isso abrangida pela imunidade do art. 150, VI, "d" da Constituição, inclusive citando precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que tal análise não cabe nestes autos por caracterizar absoluto despropósito, visto que a referida imunidade constitucional é circunscrita aos impostos.

Com efeito, as imunidades do art. 150, VI, da Constituição é circunscrita a impostos, não alcançando a espécie das constribuições sociais, como é o caso da Cofins.

e) Multa de ofício.

Não procede a alegação da contribuinte de que a multa de ofício violaria o princípio do não confisco, devendo ser mantida sua exigência.

Isto porque o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que contém o princípio da vedação ao efeito de confisco, refere-se expressamente a tributos, não se aplicando às multas punitivas.

O texto do art. 3º do Código Tributário Nacional revela as características essenciais da natureza do tributo, ao dispor que "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*" (grifo editado).

A multa de ofício, por sua vez, configura sanção cuja finalidade é punir a conduta ilícita do contribuinte, não se lhe aplicando, por isso, o princípio constitucional do não confisco.

Assim, a limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se aplica às penalidades, porquanto seja evidente a natureza punitivo-repressora destas últimas.

O agente fiscal limitou-se a aplicar a legislação tributária vigente, levando a efeito a punição estipulada pelo legislador.

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda

A lei não confere qualquer âmbito de discricionariedade ao agente administrativo, nem ao julgador, no tocante à dosimetria desta punição – ou se lhe aplica, ou não – sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da punição, por dever de ofício.

Não há, pois, como cogitar que o lançamento fiscal teria violado o princípio da razoabilidade ou da moralidade.

Quando muito, poderia ser alegada a inconstitucionalidade da própria lei, o que necessariamente teria de ser feito por meio de ação judicial, tendo em vista que apenas o Poder Judiciário tem competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei. Este Tribunal Administrativo não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.

O entendimento a respeito deste tema foi consolidado na Súmula CARF nº 2. "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

f) Conclusão.

Pelas razões expostas, voto por negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer a decadência em relação aos fatos geradores 01/2002, inclusive, e anteriores.

Ivan Allegretti

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI, 29/04/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por IVAN ALLEGRETTI
Emitido em 16/05/2011 pelo Ministério da Fazenda