



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

Processo nº 13603.001326/2004-49
Recurso nº 251.757 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.575 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2010
Matéria COFINS
Recorrente ORGANIZAÇÃO NOSSA SENHORA DA ABADIA LTDA.
Recorrida DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/1999 a 31/07/1999

DECADÊNCIA. DIFERENÇAS APURADAS. LANÇAMENTO.

O direito de a Fazenda Nacional exigir crédito tributário decorrente de contribuição social declarada e paga a menor decai em 05 (cinco) anos contados dos respectivos fatos geradores.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/1999 a 30/11/1999, 01/01/2000 a 30/03/2002

BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo da Cofins, com incidência cumulativa, é o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, excluídas outras receitas.

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO

O percentual da multa no lançamento de ofício é previsto legalmente, não cabendo sua graduação subjetiva em âmbito administrativo.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC

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

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO

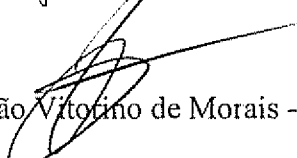
Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada em primeira instância, exceto quando devam ser reconhecidas de ofício.

Recurso Voluntário Provido Parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para que: I) se exclua do crédito tributário as parcelas e respectivas cominações legais lançadas e exigidas para os meses de competência de junho e julho de 1999, inclusive, em face da decadência quinquenal; II) se deduza das parcelas mensais, não-atingidas pela decadência quinquenal, os valores da contribuição calculados e exigidos sobre outras receitas, nos termos do voto do Relator.


Rodrigo da Costa Pôssas -Presidente


José Adão Vitorino de Moraes -Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes (Relator), Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva, Rodrigo Pereira de Mello (Suplente), Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela recorrente contra a decisão proferida pela DRJ Belo Horizonte, MG, que julgou procedente o lançamento da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) referente aos fatos geradores dos meses de competência de junho a novembro de 1999 e de janeiro de 2000 a março 2002.

O lançamento se refere a diferenças entre os valores da contribuição pagos e/ou declarados nas respectivas DCTFs e os apurados pelo autuante com base na escrituração contábil e fiscal da recorrente. Com exceção dos meses de competência de agosto de 1999 e dezembro de 2000, as diferenças apuradas decorreram da não-inclusão na base de cálculo da contribuição das receitas de bonificações em mercadorias, descontos obtidos e receitas financeiras. Naquele dois meses, além dessas receitas, houve recolhimento a menor da contribuição devida sobre o faturamento de venda de mercadorias.

Inconformada com a exigência do crédito tributário, a recorrente interpôs a impugnação às fls. 107/118, requerendo a improcedência do lançamento, alegando, em síntese, preliminarmente, a decadência do direito de a Fazenda Pública exigir o crédito tributário referente aos meses de competência de junho a agosto de 1999, em face de ter ocorrido a decadência quinquenal do direito de a Fazenda Pública constituir-lo, nos termos do CTN, art. 150, § 4º; e, no mérito, que, as receitas tributadas não compõem a base de cálculo da Cofins. Contestou, ainda a aplicação da multa de ofício, no percentual de 75,0 %, e a exigência de juros de mora á taxa Selic.

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou o lançamento procedente, conforme acórdão nº 02-13.924, às fls. 132/137, assim ementado.

"O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social encontra-se fixado em lei.

Inexistindo incompetência ou preterição do direito de defesa, não como alegar nulidade do lançamento.

A DRF tem competência para afastar a aplicação de dispositivo legal apenas quando esse tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A apreciação da constitucionalidade e da legalidade das normas vigentes é da competência privativa do Poder Judiciário. Ao julgador administrativo cabe, em face do Poder Regrado, somente aplicar as leis e normas vigentes.

No caso de lançamento de ofício, a autuada está sujeita ao pagamento de multa sobre os valores do tributo devido, nos percentuais definidos na legislação de regência.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta, calculado à taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia - Selic, nos termos da legislação em vigor "

Cientificada dessa decisão, a recorrente interpôs o recurso voluntário às fls. 143/175, requerendo, a improcedência do lançamento, alegando, em síntese, as mesmas razões expendidas na impugnação, ou seja, a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente aos fatos geradores dos meses de competência de junho a agosto de 1999, que as receitas tributadas não integram a base de cálculo da Cofins por não constituir faturamento, a multa de ofício, no percentual de 75,0 % configura confisco, ferindo a Constituição Federal, art. 150, IV, a exigência de juros à taxa Selic não tem amparo legal e infringe diversos princípios de nosso ordenamento jurídico. Além dessas alegações, inovou as razões opostas em primeira instância, insurgindo-se contra a não-exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Preliminarmente, quanto à contestação da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, não se toma conhecimento nesta fase recursal, por se tratar de matéria preclusa, não-questionada na impugnação, ou seja, matéria não-oposta à primeira instância deste julgamento.

A fase litigiosa do procedimento se instaura com a interposição da impugnação, quando aquela matéria deveria ter sido contestada, conforme estabelece o Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, art. 15. Também, o art. 17, deste mesmo diploma legal, estabelece que "*considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante*".

Em relação à suscitada decadência, assiste razão em parte à recorrente.

Na data do lançamento em discussão, vigia a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que estabelecia o prazo de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, para a Fazenda Pública constituir créditos tributários referentes a contribuições destinadas à seguridade social, como no presente caso.

No entanto, em julgamento ocorrido em 11 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 45 daquela lei e, ainda, aprovou na sessão plenária realizada em 12/06/2008 a Súmula Vinculante nº 08, que assim estabelece, *in verbis*: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Assim, considerando-se que houve pagamentos por conta das parcelas lançadas e exigidas, aplica-se ao presente caso, em relação à decadência, o disposto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, § 4º, que assim determina, *in verbis*:

“Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(..).”

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Assim, de acordo com este dispositivo legal, na data em que a recorrente tomou ciência do lançamento, em 24/08/2004, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos meses de competência de junho e julho de 1999 já havia decaído. O prazo limite para o lançamento da diferença referente ao mês de julho expirou em 31 de julho de 2004.

Quanto à ampliação da base de cálculo da Cofins, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito dos Recursos Extraordinários nºs 357.950 e 358.273, com decisões transitadas em julgado em 5 de setembro, considerou inconstitucionais as alterações das bases de cálculo do PIS e da Cofins, promovidas pela Lei nº 9.718, de 27/11/1998, art. 3º, §1º. Também, o próprio Poder Executivo, levando-se em conta estas decisões, revogou, por meio da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, art. 79, inciso XII (MP nº 449, de 03/12/2008), aquele parágrafo primeiro que determinava a ampliação da base de cálculo dessas contribuições.

Dessa forma, deve ser afastada a exigência dessa contribuição sobre outras receitas, inclusive sobre receitas financeiras.

Em relação à multa de ofício, esta teve como fundamento a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, que assim dispõe:

“Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição.

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(.)”

A multa no lançamento de ofício tem como objetivo punir o sujeito passivo pela prática de infrações tributárias (falta de lançamento, de declaração e de recolhimento da contribuição).

Já a alegação de que o percentual de 75,0 %, foge à razoabilidade, não há amparo, no âmbito administrativo, para reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

Quanto à utilização da taxa Selic como juros moratórios, em face da existência de súmula editada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, a apreciação e julgamento das questões de mérito, expendidas no recurso voluntário, contra sua aplicação, ficaram prejudicadas, devendo ser aplicada, ao presente caso, a Súmula nº 03, que assim dispõe, *in verbis*:

“Sumula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, voto pelo provimento parcial ao recurso voluntário para que: I) se exclua do crédito tributário as parcelas e respectivas cominações legais lançadas e exigidas para os meses de competência de junho e julho de 1999, inclusive, em face da decadência quinquenal; II) se deduza das parcelas mensais não-attingidas pela decadência quinquenal, os valores da contribuição calculados e exigidos sobre outras receitas, mantendo-se apenas os valores da contribuição calculados sobre a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, à alíquota de 3,0 % (três por cento), acrescidos das cominações legais, juros de mora e multa de ofício.


José Adão Vitorino de Moraes