



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

Processo nº : 10120.000730/2003-59

Recurso nº : 125.054

Recorrente : DROGAFARMA COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.


Recorrida : DRJ em Brasília - DF

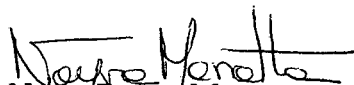
RESOLUÇÃO Nº 202-00.690

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DROGAFARMA COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 15 de junho de 2004


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, da presente resolução os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Jorge Freire e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Raimar da Silva Aguiar.

cl/opr



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

Recorrente : DROGAFARMA COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Adoto o relatório do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília/DF, que a seguir transcrevo:

“Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração em virtude da insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, diferenças entre o valor escriturado e o declarado/pago, referente aos períodos de apuração compreendidos entre os meses de outubro/97 a dezembro/2002 (fls. 582 a 594).

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R\$ 1.792.541,88, correspondendo ao valor da contribuição principal, acrescido de multa e juros de mora. (fls. 582)

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 587 e 594.

A contribuinte impugna (fls. 608 a 624) o auto de infração constante do presente processo, alegando, em síntese, que:

- 1. Preliminarmente, é nulo o auto de infração porque: (1) O MPF não foi prorrogado e nem lhe foi cientificado de que haveria prorrogação; (2) O auto de infração não foi lavrado no estabelecimento da Impugnante; (3) Os Auditores-fiscais são agentes incapazes, destituídos de habilitação técnica, para proceder perícia e auditoria contábeis, atos privativos de contador/contabilista legalmente habilitado perante o CRC; (4) Não foram feitos a Intimação para Esclarecimentos antes da lavratura do auto de infração e o Termo de Início de Fiscalização;*
- 2. Não se pode configurar infração sujeita à autuação o exercício do Direito do contribuinte amparado por decisão judicial, e mesmo que admitido o lançamento, não pode o fisco aplicar multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, conforme dispõe o art. 63 e parágrafos da Lei 9.430/96, sem falar de seu caráter confiscatório, valendo ressaltar que nunca teve a intenção de fraudar, sendo certo que tal alegação deve ser provada cabalmente pelo fisco, haja vista que tinha ação em curso para efetuar a compensação (processo 1997.35.00.010400-1 - 3ª VF-GO);*
- 3. Os descontos obtidos e os aluguéis recebidos - locação de imóveis próprios - não fazem parte da base de cálculo do Pis, pois não se enquadram no conceito de faturamento mensal previsto na legislação.”*



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/BSA nº 6.008, de 22/05/2003, fls. 638/650, considerando procedente o lançamento, ementando a sua decisão nos seguintes termos:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/10/1997 a 31/12/2002

Ementa: Preliminares de Nulidade:

1 - Mandado de Procedimento Fiscal - MPF

Não cabe ao contribuinte alegar que não teve ciência da prorrogação do mandado de procedimento fiscal, bem assim que não lhe foi entregue o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação quando colaborou com o andamento dos trabalhos de fiscalização, pois, tendo dúvida acerca da prorrogação, poderia ter se socorrido da via administrativa ou judicial como forma de obstar a atuação do agente fiscal desconforme com os atos emanados da Secretaria da Receita Federal.

No mais, a Portaria nº 3.007/2001 não exige a aposição de ciência do sujeito passivo naquele demonstrativo.

2 - Local da Lavratura do Auto de Infração

O entendimento do art. 10º do Decreto nº 70.235/72 é no sentido de que o auto de infração será lavrado onde a falta foi constatada, nada impedindo, portanto, que ocorra a lavratura no interior da repartição.

3 - Habilitação do Agente Fiscal para Exame Contábil

O Auditor Fiscal da Receita Federal têm competência para a formalização de lançamento visando à constituição de crédito tributário correspondente aos tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal e o ingresso na carreira independe qual o curso superior que possui o agente.

4 - Intimação para Esclarecimentos e Termo de Início de Fiscalização

Durante o período da auditoria quando são realizados os procedimentos fiscais que antecedem ao ato do lançamento, a fiscalização não está obrigada a cientificar a empresa fiscalizada do andamento dos trabalhos, nem a intimar a empresa para esclarecimentos antes da lavratura do auto de infração.

A preterição do direito de defesa decorre de despachos ou decisões e não da lavratura de ato ou termo como se materializa a feitura do auto de infração, sendo incabível a alegação de cerceamento da defesa se nos autos existem os elementos de prova necessários à solução do litígio e a infração está perfeitamente demonstrada e tipificada.. //



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

Igualmente não pode ser alegada nulidade do lançamento se nos autos consta que a contribuinte tomou ciência do início da fiscalização.

Falta de Recolhimento

Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

Base de Cálculo - Descontos Obtidos e Aluguéis Recebidos

Os descontos obtidos e os aluguéis recebidos compõem a base de cálculo da contribuição para o PIS e para a COFINS pois entende-se por faturamento a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Crédito Tributário Sub Judice

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito pelo lançamento. A concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a sua cobrança, porém não impede sua constituição pelo lançamento.

Ilegalidade e/ou Inconstitucionalidade

A discussão sobre legalidade ou constitucionalidade das leis é matéria reservada ao Poder Judiciário.

Multa Qualificada

Justifica-se a aplicação da multa no percentual de 150% se a própria contribuinte confirma que efetuou compensação de tributo amparada por decisão judicial em que não é parte legítima, caracterizando-se pois o evidente intuito de fraude de que trata o inciso II do art. 44 da Lei 9.430/1996, definido no art. 72 da Lei 4.502/1964.

Lançamento Procedente”.

A contribuinte tomou ciência do teor do referido Acórdão em 08/08/2003, fl. 662, e, inconformada com o julgamento proferido, interpôs, em 08/09/2003, recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, fls. 666/674, no qual argüi como razões de defesa:

1. decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo ao ano de 1997 uma vez que a ciência do lançamento deu-se em 10/03/2003, ou seja, transcorridos mais de cinco anos da data de ocorrência dos fatos geradores nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

2. indicação da ação judicial nas DCTF do ano calendário de 1997 refere-se à ação judicial que julgou inconstitucional a majoração da alíquota do Finsocial em percentuais superiores a 0,50%;
3. não houve intenção de fraude como afirmou o Fisco mas apenas o indicativo da origem do seu direito de proceder a compensação dos valores recolhidos a maior a título do Finsocial com a Cofins devida;
4. a compensação efetuada refere-se aos valores que excederam a alíquota de 0,50%, recolhidos a maior a título do Finsocial, sendo que o procedimento de compensação do Finsocial com a Cofins foi reconhecido pela SRF, conforme se verifica da MP do CADIN nº 1973-61;
5. a menção da ação judicial teve o objetivo de indicar a redução da alíquota do Finsocial por força da decisão do STF e não que a recorrente fazia parte da ação;
6. inexistindo intuito de fraude não se pode falar em multa agravada;
7. inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98;
8. descontos obtidos na compra de mercadorias não é base de cálculo da Cofins uma vez que não representam receitas, mas sim redução de custos; e
9. reitera as razões apresentadas na inicial acerca da inclusão na base de cálculo da Cofins de receitas advindas de aluguéis de imóveis próprios.

A autoridade competente informa, à fl. 863, que a recorrente apresentou arrolamento de bens garantindo o seguimento do recurso interposto.

É o relatório. *M*



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

Primeiramente ressalte-se que o recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

Antes de qualquer pronunciamento deste Colegiado há de ser apreciada a questão da decadência por se constituir uma prejudicial de mérito.

No que tange à decadência do direito de constituir o crédito da Cofins, tem-se que seu prazo é de 10 anos, e não 5 anos, como alegou a recorrente. Observemos, o art. 150, § 4º, do CTN, que assim dispõe:

“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 à 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”. (grifo nosso)

Como se verifica, a norma do CTN estipula regra geral de prazo à homologação, deixando facultado à lei a prerrogativa de estipular, de modo específico, prazo diverso para a ocorrência da extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito.

A Cofins é contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, nos termos do art. 195, inciso I, da Constituição Federal, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as normas específicas da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991 e republicada em 11/04/1996, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e cujo art. 45 prevê:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; (...).”

Tal posicionamento foi adotado pela Segunda Turma do STJ quando do julgamento do RESP 475559/SC, datado de 17/11/2003, cuja ementa encontra-se assim transcrita:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

PRESCRIÇÃO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

CF/88 E LEI Nº 8.212/91.

1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN cinco anos e, após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal.

2. In casu, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1989, 1990 e 1991, sendo a notificação fiscal datada de 07.04.97, acha-se atingido pela decadência, salvo quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 25 de julho de 1991, quando entrou em vigor o prazo decenal para a constituição do crédito previdenciário, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

3. Recurso Especial parcialmente provido."

Desta forma, quando da ciência do Auto de Infração em tela (10/03/2003), ainda não decaíra o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento relativo aos períodos de 10/97 a 12/97 uma vez que a Peça Infracional foi lavrada antes de transcorridos os dez anos previstos na lei.

Superada a questão da decadência, é de se verificar que uma das questões tratadas no recurso é a compensação efetuada pela recorrente de créditos oriundos de recolhimentos efetuados a título do Finsocial que excederam a alíquota de 0,50%, cuja indicação na DCTF foi efetuada sob a indicação da ação judicial na qual o STF julgou definitivamente inconstitucional a majoração da alíquota do Finsocial.

Ainda que a contribuinte não tenha figurado como parte na ação judicial que culminou com a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940/82, Lei nº 7.689/88, Lei nº 7.787/89, Lei nº 8.147/90, a Administração Pública Federal manifestou-se acerca de eventuais divergências sobre os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade por meio do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997, que estabeleceu:

"Art. 1º - As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia "ex tunc", produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. //



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

...

Art. 4º - Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal."

Neste diapasão, entendeu a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT, com base no Decreto nº 2.346/97, que o Secretário da Receita Federal poderá reconhecer a inconstitucionalidade de ato normativo ou legal, declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, aquele órgão exarou o Parecer COSIT n.º 58, de 27 de outubro de 1998, que, em seu item 12, dispõe:

"12. Conseqüentemente, a resposta à primeira questão é afirmativa: os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja por via de controle concentrado, seja por via de controle difuso, são retroativos, ressaltando-se que, pelo controle difuso, somente produzirá efeitos, em relação a terceiros, após a suspensão pelo Senado da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

12.1. Excepcionalmente, o Decreto prevê, em seu art. 4º, que o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional possam adotar, no âmbito de suas competências, decisões definitivas do STF que declarem a inconstitucionalidade de Lei, tratado ou ato normativo - que teriam, assim, os mesmos efeitos da resolução do Senado."

No uso da faculdade que lhe fora atribuída pelo Decreto nº 2.346/97, o Secretário da Receita Federal emitiu a Instrução Normativa nº 031, de 08 de abril de 1997, transcrevendo, no art. 1º, as disposições contidas na Medida Provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995:



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

“Art. 1º Fica dispensada a constituição de créditos da Fazenda Nacional relativamente:

...

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nº 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22, do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

...”.

Em 09 de abril do mesmo ano, o Secretário da Receita Federal emitiu a Instrução Normativa nº 032, cujo art. 2º determina:

“Art. 2º Convalidar a compensação efetivada pelo contribuinte, com a contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devida e não recolhida, dos valores da contribuição ao Fundo de Investimento Social - Finsocial, recolhidos pelas empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nº 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22, do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987.”

Consoante ao entendimento então em vigor, administrativa e judicialmente, e obedecendo a prerrogativa definida no aludido Decreto nº 2.346/97, a Secretaria da Receita Federal, mediante as Instruções Normativas supra, reconheceu a inconstitucionalidade da majoração de alíquotas da Contribuição ao Fundo de Investimento Social, reiteradas vezes declarada pelo Supremo Tribunal Federal em decisões desprovidas de eficácia *erga omnes*.

Segundo a orientação do Parecer COSIT nº 58/98, o ato do Secretário da Receita Federal que adote decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal possui o mesmo efeito - *ex tunc* - de Resolução do Senado Federal que retira de vigência dispositivo inconstitucional, considerando-se indevidamente constituídos os créditos relativos às alíquotas do Finsocial superiores a 0,5% (meio por cento) e, por conseguinte, passíveis de compensação ou restituição, em conformidade com o preceituado nos arts. 66 da Lei nº 8.383/91 e 74 da Lei nº 9.430/96.

Desta forma, verifica-se que a compensação pretendida pela contribuinte está, pois, amparada pelo disposto no art. 66 da Lei nº 8.383/91, e art. 74 da Lei nº 9.430/96, a seguir transcritos:

“Lei nº 8.383/91 //



Processo nº : 10120.000730/2003-59
Recurso nº : 125.054

Art.66 - Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

** "caput" com redação dada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (DOU de 30/06/1995, em vigor desde a publicação).*

Lei nº 9.430/96

Art.74 - Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração." (grifos meus)

O fato de a recorrente haver informado incorretamente a base legal que lastreou a compensação efetuada não torna inexistente o seu direito, reconhecido pela própria administração e exercido pela empresa.

Assim sendo, diante dos fatos, e com esteio no artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, somos pela transformação do presente voto em diligência, para que seja:

1. verificado se a compensação efetuada foi suficiente para cobrir o valor lançado no presente Auto de Infração, para o ano de 1997, elaborando demonstrativo dos cálculos; e
2. elaborada planilha de cálculos e relatório conclusivo, anexando os documentos que se fizerem necessários.

Ressalte-se que os valores indevidamente pagos pela contribuinte deverão ser corrigidos em conformidade com a Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, que regulamentou o cálculo para compensação e determinou a correção monetária dos valores a compensar com base nos índices oficiais utilizados pela Receita Federal na exigência dos créditos tributários.

Dos resultados das averiguações, seja dado conhecimento ao sujeito passivo, para que, querendo, manifeste-se sobre o mesmo no prazo de 30 (trinta) dias.

Após conclusão da diligência, retornem os autos a esta Câmara, para julgamento.

Sala das Sessões, em 15 de junho de 2004 //

NAYRA BASTOS MANATTA