



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 28 / 07 / 04
Visto

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10120.002584/2001-34

Recurso nº : 121.846

Acórdão nº : 203-08.991

Recorrente : MERCANTIL COMERCIAL DE SECOS E MOLHADOS LTDA.

Recorrida : DRJ em Brasília - DF

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação de inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhes execução. **Preliminar rejeitada.**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores.

COFINS. MULTA AGRAVADA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Nos casos de lançamento de ofício, cabível é a multa agravada, nos termos da Lei nº 9.430/96, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

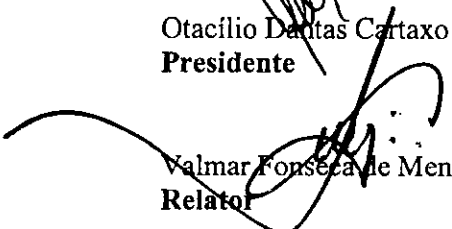
Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MERCANTIL COMERCIAL DE SECOS E MOLHADOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencida a Conselheira Maria Teresa Martínez López, que desqualificou a multa agravada.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Mauro Wasilewski e Luciana Pato Peçanha Martins. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf



Processo nº : 10120.002584/2001-34
Recurso nº : 121.846
Acórdão nº : 203-08.991

Recorrente : MERCANTIL COMERCIAL DE SECOS E MOLHADOS LTDA.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida:

“Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração em virtude da falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente a períodos de apuração compreendidos entre os meses de setembro/1995 a dezembro/2000.

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R\$3.778.439,16 correspondendo a: (1) valor da contribuição – R\$1.237.743,36; (2) juros de mora – R\$684.080,93; (3) multa – R\$1.856.614,87. (fls. 291)

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 304 e 309.

A contribuinte impugna (fls. 321 a 339), tempestivamente, o auto de infração constante do presente processo, alegando, em síntese, que:

1. A conotação de crime é "chantagem" que visa forçar a empresa a quitar o suposto crédito em busca do benefício abrigado no art. 34 da Lei nº 9.249/95, evidenciando utilização de meios vexatórios para cobrança de tributos, pois não há divergência, sistemática e reiterada, entre as notas fiscais emitidas e as escrituradas nos livros fiscais e contábeis ou omissão de receita decorrente da falta de emissão de documento fiscal. O fato da autuada adotar entendimento da legislação tributária diferente do Fisco, e seguido tantos outros contribuintes, doutrinadores e tribunais, não a enquadra na prática de crime. No próprio auto de infração consta que os livros fiscais encontram-se correta e devidamente escriturados e concordam com os montantes registrados no Livro de Apuração do ICMS. Cita Acórdão 101-92.700/99 do Conselho de Contribuintes que diz que não se aplica a penalidade agravada nos casos em que, embora a empresa tenha feito declaração inexata, informando receitas a menor, as receitas foram apuradas pela fiscalização a partir dos valores escriturados em livros fiscais;

2. Seja determinado uma nova apuração para que a base de cálculo da Cofins seja o lucro bruto tal qual é para as instituições financeiras, empresas que comercializam com veículos usados e as que operam com câmbio, ou então, seja excluído o ICMS da receita bruta;

3. Seja desconsiderada a multa qualificada e seu agravamento visto que calculou seus tributos com base em entendimento amplamente debatido no meio jurídico e, sobretudo porque não foi encontrado nenhuma omissão de suas operações em sua escrituração fiscal e contábil, como também operou-se a decadência em relação a 1995.”



Processo nº : 10120.002584/2001-34
Recurso nº : 121.846
Acórdão nº : 203-08.991

A DRJ em Brasília – DF proferiu decisão, com a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 30/09/1995 a 31/12/2000

Ementa: Decadência

O prazo de decadência das contribuições sociais é de dez anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ser constituído.

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.

Multa Majorada

Declarando a menor seus rendimentos, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. A prática sistemática, adotada durante anos consecutivos, forma o elemento subjetivo da conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71, inciso I, e 72 da Lei nº 4.502/1964, ainda que a contribuinte tenha escriturado corretamente suas receitas nos livros de Apuração do ICMS.

Base de Cálculo

Excluem-se da receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição, somente as deduções autorizadas pela legislação de regência. O ICMS integra a base impositiva porque faz parte do preço de venda. O conceito de “lucro bruto” das instituições financeiras, das que operam com mercados futuros ou com câmbio, não se aplica quando a empresa tem como atividade a revenda de mercadorias.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a recorrente interpõe recurso a este Conselho, nos seguintes termos:

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE

- OS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS JULGADORES têm competência para apreciar questões relativas às inconstitucionais exigências tributárias, em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO – EXCLUSÃO DO ICMS NORMAL



Processo nº : 10120.002584/2001-34
Recurso nº : 121.846
Acórdão nº : 203-08.991

- Por conta da base de cálculo da contribuição, da majoração da alíquota e da inclusão do ICMS, a Lei Complementar nº 70/91 e a Lei nº 9.718/98 padecem de inconstitucionalidade;
- a contribuição deve incidir sobre o lucro bruto, concluindo que a Lei nº 9.718/98 contraria a Constituição Federal;
- conforme a Lei Complementar nº 70/91 e a Lei nº 9.718/98, o ICMS cobrado dos adquirentes dos bens comercializados integra a base de cálculo da contribuição, o que não entende como correto, prática que fere a Carta Magna; e
- também é inconstitucional a aplicação da Taxa SELIC.

DO MÉRITO

DA TR

- Não se pode aplicar a TR para correção dos seus débitos, devendo ser aplicado o INPC, conforme jurisprudência que cita;

DA MULTA AGRAVADA

- Não existe qualquer ilicitude nos atos praticados pela recorrente; o que ocorre é que esta tem um ponto de vista que é seguido por doutrinadores e tribunais e o simples fato de a mesma interpretar a Legislação de forma antagônica àquela da administração tributária não pode implicar em tornar dolosa a operação, muito menos fraudulentos os seus atos;
- quando intimada, a empresa informou a totalidade de suas vendas e a apuração da base de cálculo, nos moldes que a fiscalização determinou, embora não fosse legalmente obrigada a isto;
- é inaceitável que estando os livros da recorrente devidamente escriturados, não tendo sido encontrada nenhuma omissão de receita, seja a mesma acusada de crime contra a Ordem Tributária;
- o procedimento do fisco tem natureza de chantagem, caracterizando meios vexatórios para cobrança do débito, ferindo o Código Penal; e
- os agentes fiscalizadores aplicaram a multa agravada considerando, apenas em tese, a ocorrência de crime contra a Ordem Tributária, conforme consta do auto de infração, contrariando princípio consagrado no direito penal e no direito tributário, que o dolo não se presume, prevalecendo a regra da interpretação benigna, ou seja, “em dúvida, pro réu”, nos termos do artigo 112 do CTN.

É o relatório.



Processo nº : 10120.002584/2001-34
Recurso nº : 121.846
Acórdão nº : 203-08.991

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, passo à sua apreciação.

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE

A recorrente, ao se referir à exclusão do ICMS cobrado dos adquirentes das mercadorias da base de cálculo à contribuição, e ao afirmar que a base de cálculo seria somente o lucro bruto obtido, bem como à inconstitucionalidade da SELIC, aduz que os respectivos diplomas legais correspondentes estariam ferindo a Carta Magna.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III, "b", da Carta Magna.

Neste mesmo sentido dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

"5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição.

5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.



Processo nº : 10120.002584/2001-34
Recurso nº : 121.846
Acórdão nº : 203-08.991

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI)."

Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.

DA APLICAÇÃO DA TR

Sem maiores delongas, verifica-se que, no presente caso, não houve aplicação do referido índice, razão por que, de pronto, não cabe nenhum assentimento ao argumento suscitado.

DA MULTA AGRAVADA

A Lei nº 9.430/96 estabeleceu a aplicação da multa agravada para os casos em que, em tese, se configurem crime, nos termos da Lei nº 4.502/64:

"Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculas 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;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)"

Resta-nos, pois, analisar se, no presente caso, tal é a hipótese ocorrida, o que justificar a aplicação da penalidade na forma como foi efetivada.

A Lei nº 4502/64 dispõe que:

"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



Processo nº : 10120.002584/2001-34
Recurso nº : 121.846
Acórdão nº : 203-08.991

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

ART.73 - Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.”

No entanto, o fato concreto apurado é que houve, de forma repetida, a declaração de valores que levam à apuração de montantes de tributos devidos ao Estado inferiores aos que realmente são devidos, o que implica em a contribuinte suprimiu ou reduziu o montante devido omitindo ou prestando declarações à Administração Tributária que não eram compatíveis com a verdade.

A alegação de que tais atos decorrem de interpretações divergentes não transforma a realidade dos fatos ocorridos, além do que para solução de divergências entre os contribuintes e a Administração Tributária, o ordenamento jurídico vigente estabelece firmas próprias, que diferem, obviamente, do simples descumprimentos de normas impositivas. Poderia a contribuinte, tranquilamente, recolher o tributo da forma que entendesse devido sem a menor possibilidade de constrangimento, se se tivesse utilizado do instituto da Consulta, previsto no Processo Administrativo Fiscal, que inclusive lhe garantiria que, enquanto pendente de resultado a solução do conflito, nenhum procedimento de ofício seria instaurado contra a consultante relativamente à matéria consultada. Desta forma, estaria, no meu entender, agindo de boa-fé, e dentro da mais estrita legalidade.

Ressalte-se, também, que a apresentação dos documentos à fiscalização, ocorreram após a intimação fiscal, como admite a própria recorrente, o que implica em que não o foi de forma espontânea, mas sob forma da atividade de ofício do Fisco.

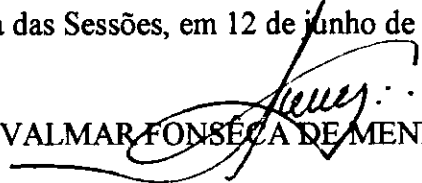
Por outro lado, a Lei 4502/64, ao se referir a “omissão” não está se referindo especificamente ao conceito de omissão de receita presente no Regulamento do Imposto de Renda, para fins de apuração daquele tributo; o referido termo na Lei não se confunde com o presente no RIR, visto que, naquele texto legal, a “omissão” a que se refere, tanto pode ser aquela do próprio Regulamento mencionado, como pode ser acerca de faturamento, de receita ou de qualquer outro dado importante para apuração do montante tributável devido, que tenha sido omitido da Administração Tributária.

O procedimento adotada pela recorrente se deu à total revelia do Fisco, que, caso não o tivesse fiscalizado, poderia nunca tomar conhecimento da tributação indevida.

Correta a aplicação da multa gravada, pois, por se enquadrar, em tese, no que dispõe a Lei 4.502/64.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de inconstitucionalidade para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2003.


VALMAR FONSECA DE MENEZES