



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLI ADO NO D. O. U.
C	D. 12 / 04 / 19 99
C	<i>Stalutino</i>
	Rubrica

**Processo : 10166.005217/95-66**

**Acórdão : 201-71.790**

**Sessão : 03 de junho de 1998**

**Recurso : 101.503**

**Recorrente : PLANE CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.**


**Recorrida : DRJ em Brasília - DF**

**COFINS - ALÍQUOTA** - A alíquota da COFINS é de 2,0%, e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91). **INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI** - A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, inciso II, *a*, e inciso III, *b*, da Constituição Federal. **TAXA DE JUROS COM BASE NA TRD** - Inaplicabilidade no período de fevereiro a julho de 1991. **MULTA DE OFÍCIO** - Reduz-se a penalidade aplicada ao percentual determinado no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, conforme o mandamento do artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional. Inaplicabilidade no período de fevereiro a julho de 1991. **Recurso provido em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **PLANE CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.**

**ACORDAM** os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 03 de junho de 1998

  
Luiza Helena Galante de Moraes  
**Presidenta**

  
Ana Neyla Olímpio Holanda  
**Relatora**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Jorge Freire, Geber Moreira, Valdemar Ludvig, Sérgio Gomes Velloso e Henrique Pinheiro Torres (Suplente).

/OVR/GB/



**Processo** : 10166.005217/95-66

**Acórdão** : 201-71.790

**Recurso** : 101.503

**Recorrente** : PLANE CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.

## RELATÓRIO

PLANE CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA., pessoa jurídica nos autos qualificada, contra quem foi lavrado Auto de Infração, em 05/05/95 (doc. fls. 01/42), por falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de apuração de ABRIL a DEZEMBRO de 1992, onde é exigido o crédito tributário de 90.668,41 UFIR, com fulcro na Lei Complementar nº 70/91, em seus artigos 1º ao 5º.

A contribuinte impugnou o lançamento (doc. fls. 46/51), onde, em síntese, alega o que se segue:

a) que a autoridade fiscal, para a feitura do Auto de Infração, não promoveu qualquer exame na contabilidade da empresa, adotando comodamente informações prestadas por terceiros;

b) que o lançamento combatido é reflexivo de outro realizado contra a mesma pessoa jurídica (decorrente da Declaração de Imposto de Renda-Pessoa Jurídica), e que já fora objeto de impugnação, o que implica em que o deslinde da atual controvérsia somente poderá ocorrer quando tornar-se definitivo o lançamento-matriz;

c) que, *in casu*, para suportar o lançamento, caberia ao Fisco comprovar, à vista da escrituração contábil da empresa, a efetiva omissão de lucros decorrente da reavaliação do ativo permanente, cujos valores foram emprestados ao lançamento aqui combatido;

d) que a legislação de regência estabelece como base de cálculo a venda de mercadorias e a prestação de serviços, excluindo a venda de imóveis, assim, na espécie, o lançamento tomou por base receita não incluída entre aquelas previstas em lei;

e) o não cabimento da cobrança de TRD no período de 01/02/91 a 01/08/91.

A autoridade recorrida julgou o lançamento procedente, assim ementando a decisão:

**“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL**



**Processo : 10166.005217/95-66**  
**Acórdão : 201-71.790**

**BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA** - A base de cálculo da contribuição - Cofins é o faturamento mensal (art. 2º da Lei Complementar nº 70/91) e a alíquota de 2%.

- **TRIBUTAÇÃO REFLEXA** - Não é considerada reflexa a tributação quando o processo se originou em auditoria específica, visando a verificação do cumprimento da obrigação tributária relativa à Cofins.

- **ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DOS JUROS DE MORA, DA CORREÇÃO MONETÁRIA E UFIR.**

- Se as bases tributáveis foram quantificadas e expressas na moeda à época da ocorrência do respectivo fato gerador bem como a correspondente contribuição e o demonstrativo de apuração consigna os cálculos indexados com observância da legislação vigente à época, não se trata de aplicação retroativa da legislação a fato gerador pretérito, mas de mera atualização monetária do crédito tributário dele decorrente, não pago no respectivo vencimento e que deve no auto de infração ser demonstrado em UFIR. O mesmo entendimento é extensivo à exigência dos juros de mora, inclusive os equivalentes à TRD. Trata-se de legislação vigente à época da constituição do crédito tributário, de aplicação obrigatória e indeclinável pelas autoridades administrativas.

**LANÇAMENTO PROCEDENTE.”**

Irresignada com a decisão singular, a contribuinte, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, onde faz referência às razões apresentadas na impugnação, como parte do recurso, e ressalta que a alíquota a ser aplicada no caso é de 0,5%, de conformidade com decisão do STF.

Repisa o argumento da inaplicabilidade da TRD, por se tratar a mesma de taxa de juros e não de correção monetária. Afirma a impossibilidade de aplicação da TRD sobre tributos cujos fatos geradores ocorreram antes da Lei nº 8.177/91.

Sugere seja utilizado o INPC como índice de correção do débito tributário.

Ao encerrar a sua peça recursal, o contribuinte pugna pelo provimento do recurso, e, caso isso não ocorra, seja excluída a aplicação da TRD.

De conformidade com o disposto no artigo 1º da Portaria MF nº 260, de 24 de outubro 1995, manifestou-se a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentando Contra-Razões de fls. 73/78, onde combate as argumentações apresentadas pela contribuinte, e requer o improvimento do recurso apresentado, com a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.



**Processo : 10166.005217/95-66**  
**Acórdão : 201-71.790**

### VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Na parte inicial do recurso, a requerente afirma que a alíquota da COFINS a ser considerada é de 0,5%, de conformidade com decisão do STF.

*Data maxima venia*, a contribuinte está completamente equivocada, a alíquota da COFINS é de 2,0%, e está determinada em disposição expressa do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, *in verbis*:

“Art. 2º. A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.” (grifamos)

O pronunciamento do Pretório Excelso, no tocante à inconstitucionalidade da aplicação de alíquotas superiores a 0,5%, diz respeito à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - FINSOCIAL, contribuição distinta da COFINS.

Embora a COFINS e o FINSOCIAL sejam tributos semelhantes e que pertencem à mesma espécie, contribuições sociais, foram instituídas por leis diversas, e possuem características próprias, e nada obriga que a COFINS, apesar de sua incidência imediatamente posterior à extinção do FINSOCIAL, deva apresentar qualquer das suas características, como a alíquota.

Quanto ao questionamento da constitucionalidade das leis que tratam da aplicação da TRD, é assente que a instância administrativa não é o foro competente para a manifestação sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, *a*, e inciso III, *b*, ambos do artigo 102 da Constituição Federal, onde estão configuradas as duas formas de controle por via de exceção ou difuso.

A depender da via utilizada para o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, os efeitos produzidos pela declaração serão diversos.

No controle de constitucionalidade por via de ação direta, o Supremo Tribunal Federal é provocado para se manifestar, pelas pessoas determinadas no artigo 103 da Constituição Federal, em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei em si. O que se visa é expurgar do sistema jurídico a lei ou o ato considerado inconstitucional. A aplicação da lei



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

**Processo** : 10166.005217/95-66

**Acórdão** : 201-71.790

declara inconstitucional pela via de ação é negada para todas as hipóteses que se acham disciplinadas por ela, com efeito *erga omnes*.

Quando a inconstitucionalidade é decidida na via de exceção, ou seja, por via de Recurso Extraordinário, a decisão proferida limita-se ao caso em litígio, fazendo, pois, coisa julgada apenas *in casu et inter partes*, não vinculando outras decisões, nem mesmo judiciais. Não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, não anula nem revoga a lei, que permanece em vigor e eficaz até a suspensão de sua executoriedade pelo Senado Federal, de conformidade com o que dispõe o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

À Administração Pública cumpre não praticar qualquer ato baseado em lei declarada inconstitucional pela via de ação, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato acarreta a nulidade *ipso jure* da norma. Quando a declaração se dá pela via de exceção, apenas sujeita a Administração Pública ao caso examinado, salvo após suspensão da executoriedade pelo Senado Federal.

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, citemos excerto do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. 1, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134):

“(…)Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CNT. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.”

No entanto, é assente que os juros de mora cobrados com base na TRD são indevidos no período de fevereiro a julho de 1991.

No que concerne à multa de ofício aplicada no lançamento, no percentual de 100%, baseada no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91, por se tratar de penalidade, e não de multa moratória, como, equivocadamente, entende a contribuinte, *in casu*, cabe a redução do percentual para 75%, como determinado no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, conforme o mandamento do artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Com essas considerações, voto pelo provimento parcial do recurso, para que seja reduzida a multa de ofício ao percentual de 75%, e retirados os juros com base na TRD, no período de fevereiro a julho de 1991.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 1998

  
ANA NEYLE OLIMPIO HOLANDA