



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

336

2.º C C	PUBLICADO NO D. O. U. De 14/07/2000 <i>[Signature]</i> Rubrics
---------------	---

Processo : **10380.004225/99-10**
Acórdão : **202-11.944**

Sessão : **15 de março de 2000**
Recurso : **112.682**
Recorrente : **AGROINDUSTRIAL GOMES LTDA.**
Recorrida : **DRJ em Fortaleza - CE**

DCTF - MULTA POR ENTREGA A DESTEMPO - Demonstrado nos autos que a DCTF fora entregue em atendimento à intimação da repartição fiscal, é de ser mantida a penalidade prevista no art. 11, §§ 2º, 3º e 4º, do Decreto-Lei nº 1.968/82, e alterações posteriores, por força do disposto no § 3º do art. 5º do Decreto-Lei nº 2.214/84, ajustando o seu valor, em face das prorrogações de prazo para o cumprimento da obrigação havida no período. Recurso provido, em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AGROINDUSTRIAL GOMES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator-Designado. Vencido o Conselheiro Luiz Roberto Domingo (Relator). Designado o Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro para redigir o acórdão.

Sala das Sessões, em 15 de março de 2000

Marcos Vinícius Neder de Lima
Presidente

Antonio Carlos Bueno Ribeiro
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Helvio Escovedo Barcellos, Ricardo Leite Rodrigues e Oswaldo Tancredo de Oliveira.
Iao/mas



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Recurso : 112.682

Recorrente : AGROINDUSTRIAL GOMES LTDA.

RELATÓRIO

Em procedimento de fiscalização, a Delegacia da Receita Federal em Fortaleza - CE constatou que a Recorrente deixou de apresentar as Declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTFs, a que estava obrigada, em razão do faturamento referente aos anos calendários de 1994 a 1998, lavrado auto de infração relativo ao lançamento das multas por atraso no cumprimento das respectivas obrigações acessórias, culminando na penalidade integral prevista no art. 1.001 do RIR/94 e cientificando a Recorrente, em 12/03/99.

Verifica-se que, posteriormente a essa data, a Recorrente fez protocolar as Declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTFs que havia deixado de entregar no prazo prescrito em lei, em 05/05/99.

Inconformada, a Recorrente apresentou em 26/03/99, tempestiva impugnação ao lançamento tributário, no qual alega em síntese que é ilegal a multa aplicada e pior foi aplicada em dobro, pois tanto foi cobrado da matriz como da filial razão pela qual improcede o referido auto, requer ainda que os autos de infração, contra matriz e filial sejam juntados num só processo, conforme o princípio da economia processual.

Ressalta ainda que o AFTN enquadrou o procedimento da Recorrente em dispositivos que não se relacionam com a infração mencionada, pois menciona a infração ao art. 1.001 do RIR/94, impossível de ser infringido uma vez que a ação ali prevista consiste em aplicar multas, de responsabilidade da Receita Federal e não da Reclamante, observando-se que o art. 965 do RIR /94 não trata de DCTF.

Entende, ademais, que o Auto de Infração está acometido de nulidade absoluta, posto não haver crime sem a respectiva previsão legal e os artigos supracitados no lançamento de ofício não condizem com a infração alegada pelo AFTN, o que acarreta na impossibilidade de defesa por parte da Recorrente.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza-CE, esta proferiu decisão dando procedência à exigência fiscal, cuja ementa é a seguinte:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

"NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

MULTA DCTF – DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ENTREGA NO PRAZO LEGAL.

Verificada, em ação fiscal, a falta da entrega obrigatória da DCTF no prazo legal, cabível a imposição da multa pelo seu descumprimento.

APRECIAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS.

Falece competência à autoridade administrativa para apreciar constitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

Ainda inconformada com a decisão singular, da qual foi intimada em 10/09/99, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, em 05/10/99, colacionando as mesmas alegações e requerimento da impugnação, de forma mais articulada.

Para submeter seu Recurso à apreciação deste Egrégio Conselho de Contribuintes, a Recorrente instrumentalizou Mandado de Segurança nº 99.18664-8, perante à 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, no qual a autoridade judicial determinou o recebimento do recurso interposto independentemente da apresentação do depósito recursal administrativo.

É o relatório.



Processo : **10380.004225/99-10**
Acórdão : **202-11.944**

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR LUIZ ROBERTO DOMINGO

Conheço do recurso por ser tempestivo e por atender aos requisitos de admissibilidade.

Preliminarmente, ainda que fosse devida a exação lançada, o que mais adiante verificar-se-á incompatível do sistema de direito positivo, verifica-se algumas impropriedades no lançamento, quais sejam:

Da Inobservância das INs nºs. 53/94, 89/94, 57/94

Cabe ressaltar que o lançamento deve observar as alterações das datas dos vencimentos para a entrega da Declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTFs relativas aos meses de jan/94 a jun/94, que foram prorrogadas para o dia 29.07.94, na forma da Instrução Normativa nº 53/94, aos meses jul/94 a set/94, que foram prorrogadas para o dia 25.11.94, na forma da Instrução Normativa nº 89/94, e ao mês de out/95, que foi prorrogado para o dia 28.12.95, na forma da Instrução Normativa nº 57/95, o que acarreta uma elevação da penalidade objeto deste processo, para as alegadas obrigações inadimplidas.

Do Fundamento Legal do Lançamento

Ainda que se entenda aplicável ao caso, a incidência da norma veiculada no art. 1.001 do RIR/94, cabe ressaltar que os comandos normativos que instituíram a obrigação de apresentação das Declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTFs foram a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 129/86 e a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 73/94, que sequer foram citadas como fundamento pelo agente fiscal incumbido do lançamento.

Apresenta-se, portanto, nulo o lançamento que não atende ao requisitos legais instituídos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, uma vez que ausente a capituloção legal para exigibilidade da multa.

Da Falta de Cotejo do Valor da Multa e os Tributos Devidos



Processo : 10380.004225/99-10
Acórdão : 202-11.944

Cabe salientar que a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, na forma que disciplina o parágrafo único do art 142 do Código Tributário Nacional, ou seja, o ato administrativo de lançamento é privativo da autoridade fiscal e deve ser praticado segundo as normas que conferem ao agente público tal competência e responsabilidade. Deve, assim, o agente fiscal atentar para o atendimento de todas as normas jurídicas, inclusive, as emanadas por atos de seus superiores hierárquicos.

Nesse diapasão, cumpre verificar que o órgão exator federal, por seu comandante, expediu Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº120/89 e Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 120/90, que em seus itens 6.3 e 3, respectivamente, vincula o lançamento da penalidade em comento ao limite do valor dos tributos e contribuições que deveriam ter sido declarados nas respectivas Declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTFs não entregues.

A falta de comprovação nos autos de tal cotejo entre a multa aplicada e os valores dos tributos e contribuições relativos ao mesmo período, acarreta o descumprimento de uma norma a que o agente fiscal estava obrigado a observar, concorrendo para a nulidade do lançamento.

Do Mérito da Exigibilidade

Ressaltadas as preliminares, cumpre investigar, nesta demanda, qual o fundamento jurídico e as fontes formal e material da norma veiculada pela Instrução Normativa nº 129/86, com o fim de compulsar sua validade e eficácia no mundo do direito.

Para tanto cabe correlacionar a norma e o veículo introdutório com todo o sistema jurídico para verificar se dele faz parte e se foi introduzido segundo os princípios e regras estabelecidos pelo próprio sistema de direito positivo. Inicialmente é de se verificar a validade do veículo introdutório em relação à fonte formal, para depois atermo-nos ao conteúdo da norma em relação à fonte material.

Todo ato realizado segundo um determinado sistema de direito positivo, com o fim de nele se integrar-se, deve, obrigatoriamente, encontrar fundamento de validade em norma hierarquicamente superior e esta, por sua vez, também deve encontrar fundamento de validade em norma hierarquicamente superior e assim por diante até que se encontre o fundamento de validade na Constituição Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

341

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Como bem nos ensina o cientista idealizador da “Teoria Pura do Direito”, que promoveu o Direito de ramo das Ciências Sociais para uma Ciência própria, individualizada, de objeto caracterizado por um corte epistemológico inconfundível, a norma é o objeto do Direito que está organizado em um sistema piramidal cujo ápice é ocupado pela Constituição que emana sua validade e eficácia por todo o sistema.

Daí porque entendo que, qualquer que seja a norma, deve-se confrontá-la com a Constituição Federal, pois não estando com ela compatível não estará compatível com o sistema.

No caso em pauta, no entanto, entendo que a análise da Instrução Normativa nº 129/86, que instituiu para o contribuinte o dever instrumental de informar à Receita Federal, por meio da Declaração de Contribuições e Tributos Federais – DCTF as bases de cálculo e os valores devidos de cada tributo, mensalmente, prescinde de uma análise mais profunda chegando às vias da Constituição Federal, o que será feito tão somente para alocar ao princípio constitucional norteador das condutas do Estado e do Contribuinte.

O Código Tributário Nacional está organizado de forma que os assuntos estão divididos e subdivididos em Livro, título, capítulo e seções, as quais contém os enunciados normativos alocados em artigos. É evidente que a distribuição dos enunciados normativos de forma a estruturar o texto legislativo, pouco pode colaborar para a hermenêutica. Contudo podem demonstrar indicativamente quais as disposições inaplicáveis ao caso, seja por sua especificidade seja por sua referência.

Com efeito o Título II, trata da Obrigaçāo Tributária, e o art. 113, artigo que inaugura o Título estabelece que:

“Art. 113 - A obrigação tributária é principal ou acessória.”

Este conceito legal, apesar de equiparar relações jurídicas distintas, uma obrigação de dar e outra obrigação de fazer, é um indicativo de que, para o tratamento legal dispensado à obrigação tributária, não é relevante a distinção se relação jurídica tributária, propriamente dita, ou se dever instrumental.

Para evitar descompassos na aplicação das normas jurídicas, a doutrina empreende boa parte de seu trabalho para definir e distinguir as relações jurídicas possíveis no âmbito do Direito Tributário. Todavia, para o caso em prática, não será necessário embrenhar-se no campo da ciência a fim de dirimi-lo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

342

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Ao equiparar o tratamento das obrigações tributárias, o Código Tributário Nacional, equipara, consequentemente, as responsabilidades tributárias relativas ao plexo de relações jurídicas no campo tributário, tornando-as equâнимes. Se equâнимes as responsabilidades, não se poderia classificar de forma diversa as infrações, restando à norma estabelecer a dosimetria da penalidade atinente à teoria das penas.

Há uma íntima relação entre os elementos: obrigação, responsabilidade e infração, pois uma decorre da outra, e se considerada a obrigação tributária como principal e acessória, ambas estarão sujeitas ao mesmo regramento se o comando normativo for genérico.

Forçoso reconhecer, a partir dessa constatação que a instituição de penalidades tributária são destinatárias das obrigações tributárias oriundas de relação jurídica tributária de dar e de relação jurídica tributária de fazer, ou seja, de cunho patrimonial ou de cunho prestacional.

A sanção tributária decorre da constatação da prática de um ilícito tributário, ou seja, é a prática de conduta diversa da deonticamente modalizada na hipótese de incidência normativa, fixada em lei. É o descumprimento de uma ordem de conduta imposta pela norma tributária.

Se assim, tendo o modal deônico obrigatório determinado a entrega de coisa certa ou a realização de uma tarefa (obrigação de dar ou obrigação de fazer), o fato do descumprimento, de pronto, permite a aplicação da norma sancionatória.

Tratando-se de norma jurídica validamente integrada ao sistema de direito positivo (requisito formal), e tendo ela perfeita definição prévia em lei de forma a garantir a segurança do contribuinte de poder conhecer a consequência a que estará sujeito se pela prática de conduta diversa à determinada, a sanção deve ter sua consecução. Tal dever é garantia do Estado de Direito. Isto por que, não só a preservação das garantias e direitos individuais promovem a sobrevivência do Estado de Direito, mas também a certeza de que, descumpriida uma norma do sistema, este será implacável na aplicação da sanção. A sanção, portanto, constitui restrição de direito, sim, mas visa manter viva a estrutura do sistema de direito positivo.

Segundo se verifica, a fonte formal da Instrução Normativa nº 129/86 é a Portaria do Ministério da Fazenda que delegou ao Secretário da Receita Federal a competência para eliminar ou instituir obrigações acessórias. O Ministro da Fazenda foi autorizado a eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais, por força do Decreto-Lei nº 2.124/84, que em seu art. 5º dispõe que o Ministro da Fazenda.

27



Processo : 10380.004225/99-10
 Acórdão : 202-11.944

O Decreto-Lei nº 2.124/84, encontra fundamento de validade na Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 01/69, que em seu art. 55 cria a competência para o Presidente da República editar Decretos-Leis, em casos de urgência ou de interesse público relevante, em relação às matérias que disciplina, inclusive a tributária, mas não se refere à delegação de competência ao Ministério da Fazenda para criar obrigações, sejam tributárias.

A antiga Constituição, no entanto, também privilegiava o princípio da legalidade e da vinculação dos atos administrativos à lei, o que de plano criaria um conflito entre a norma editada no Decreto-Lei nº 2.124/84 e a Constituição Federal de 1967 (art. 153, § 2º).

Em relação à fonte material, verifica-se que há na norma veiculada pelo Decreto-Lei nº 2.124/84 uma nítida delegação de competência de legislar, para a criação de relações jurídicas de cunho obrigacional para o contribuinte em face do Fisco.

O Código Tributário Nacional, recepcionado integralmente pela nova ordem constitucional, estabelece em seu art. 97 o seguinte:

“Art. 97 - Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.” (grifos acrescidos ao original)

Ora, torna-se cristalina na norma complementar que somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias aos seus dispositivos (dispositivos instituídos em lei) ou para outras infrações na lei definidas.

Não resta dúvida que somente à lei é dada a autorização para criar deveres, direito, sendo que as obrigações acessórias não fogem à regra. Se o Código Tributário Nacional diz que a cominação de penalidade para as ações e omissões contrárias a seus dispositivos, a



Processo : 10380.004225/99-10
Acórdão : 202-11.944

Locução “a seus dispositivos” refere-se aos dispositivos legais, às ações e omissões estabelecidas em lei e não, como foi dito, às normas complementares.

Aliás, a interpretação do art. 100 do Código Tributário Nacional vem sendo distorcida com o fim de dar legitimidade a atos da administração direta que não foram objeto da ação legiferante pelo Poder competente, ou seja, a hipótese de incidência contida no antecessor da norma veiculada por ato da administração não encontra fundamento de validade em normas hierarquicamente superior, e, por vezes, é proferida por autoridade que não tem competência para fazê-lo.

Prescreve o art. 100 do Código Tributário Nacional:

“Art. 100 - São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.” (*grifos acrescidos ao original*)

Como bem assevera o artigo retromencionado, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas são complementares às leis, devendo a elas obediência e submissão. Incabível dar ao art. 100 do Código Tributário Nacional a conotação de que está aberta a possibilidade de um ato normativo vir a substituir a função da lei, ou por falha da lei cobrir sua lacuna ou vício.

Ao atos administrativos de caráter normativo é caracterizado como normativo pois introduz normas atinentes ao “modus operandi” do exercício da função administrativa tributária e tem força para normatizar a conduta da própria administração em face do contribuinte, e em relação às condutas do contribuinte, servem, tão-somente, para explicitar o que já fora



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

345

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

estabelecido em lei. É nesse contexto que os atos normativos cumprem sua função de complementaridade das leis.

Yoshiaki Ichihara (in Princípio da Legalidade Tributária, pág 16) doutrina em relação às normas infralegais (que incluem as Instrução Normativas) o seguinte:

“São na maioria das vezes, normas impessoais e genéricas, mas que se situam abaixo da lei e do decreto. Não podem criar, alterar ou extinguir direitos, pois a função dos atos normativos dentro do sistema jurídico visa a boa execução das leis e dos regulamentos.

(...)

É possível concluir até pela redação do art. 100 do Código Tributário Nacional; os atos normativos não criam e nem inovam a ordem jurídica no sentido de criar obrigações ou deveres.

Assim, qualquer comportamento obrigatório contido no ato normativo decorre porque a lei atribuiu força e eficácia normativa, apenas detalhando situações previstas em lei.

A função dos atos normativos, seja qual for o rótulo utilizado, só possui eficácia normativa se retirar o conteúdo de validade da norma superior e exercer a função específica de completar o sistema jurídico, a fim de tornar a norma superior exequível e aplicável, preenchendo o mundo jurídico e a visão de completude do sistema.”

Nesse diapasão é oportuno salientar que todo ato administrativo tem por requisito de validade cinco elementos: objeto lícito, motivação, finalidade, agente competente e forma prevista em lei.

Sob análise, percebo que a Instrução Normativa nº 124/84 cumpriu os desígnios orientadores da validade do ato relativamente aos três primeiros elementos, vez que a exigência de entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais – DCTF com o fim de informar à Secretaria da Fazenda nacional os montantes de tributos devidos e suas respectivas bases de cálculo, é de materialidade lícita, motivada na necessidade de a Fazenda ter o controle dos fatos



Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

geradores que fazem surgir cada relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco, tendo por finalidade o controle do recolhimento dos respectivos tributos.

No que tange ao agente competente, no entanto, tal conformidade não se verifica, uma vez que o Secretário da Receita Federal, como visto, não tem a competência legiferante, exclusiva do Poder Legislativo, para criar normas constituidoras de obrigações de caráter pessoal ao contribuinte, cuja cogêncio é imposta pela cominação de penalidade.

É de se ressaltar que, ainda que se admitisse que o Decreto-Lei nº 2.124/84 fosse o veículo introdutório para outorgar competência ao Ministério da Fazenda para que criasse deveres instrumentais, o Decreto-lei não poderia autorizar ao Ministério da Fazenda a delegar tal competência, como na realidade não o fez.

Ora, se o Ministério da Fazenda não tinha a competência para delegar a competência que recebera com exclusividade do Decreto-Lei nº 2.124/84, a Portaria MF nº 118/84 extravazou os limites do poder outorgados pelo Decreto-Lei.

Hans Kelsen, idealizador do Direito como Ciência, estatui em seu trabalho lapidar (*Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, 5ª edição, São Paulo, Malheiros) que:

“Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma.”... “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”

“... Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposto, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

347

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Ensina Kelsen que toda ordem jurídica é constituída por um conjunto escalonado de normas, todas carregadas de conteúdo que regram as condutas humanas e as relações sociais, que se associam mediante vínculos (i) horizontais, pela coordenação entre as normas; e, (ii) verticais pela supremacia e subordinação.

Segundo Kelsen, em relação aos vínculos verticais, a relação de validade de uma norma não pode ser aferida a partir de elementos do fato. Norma (ideal) e fato (real) pertencem a mundos diferentes e portanto a norma deve buscar fundamento de validade no próprio sistema, segundo os critérios de hierarquia, próprios do sistema.

Assim entende que "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem.". Os elementos se relacionam verticalmente segundo a regra básica, interna ao próprio sistema, de que as normas de menor hierarquia buscam fundamento de validade em normas de hierarquia superior, assim, até alcançar-se o nível hierárquico Constitucional que inaugura o sistema

Ora, se toda norma deve encontrar fundamento de validade na normas hierarquicamente superior, onde estaria o fundamento de validade da Portaria MF 118/94, se o Decreto-Lei não lhe outorgou competência para delegação?

Em relação à forma prevista em lei, entendida lei como normas no sentido lato, a instituição da obrigação de entrega de Declaração de Contribuições e Tributos Federais – DCTF, por ser obrigação e, consequentemente, dever acometido ao sujeito passivo da relação jurídica tributária, por instrução normativa não cumpre o requisito de validade do ato administrativo, uma vez que tal instituição é reservada à LEI.

A exigibilidade de veiculação por norma legal de ações ou omissões por parte de contribuinte e respectivas penalidades inerentes ao seu descumprimento é estabelecida pelo Código Tributário Nacional de forma inofismável.

Somente a Lei pode criar um vínculo relacional entre o Fisco e o contribuinte e a penalidade pelo descumprimento da obrigação fulcral desse vínculo. E tal poder da lei é indelegável, com o fim de que sejam garantidos o Estado de Direito Democrático e a Segurança Jurídica.

Ademais a delegação de competência legiferante introduzida pelo Decreto-Lei nº 2.124/84, não encontra supedâneo jurídico na nova ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 25 estabelece o seguinte:



Processo : 10380.004225/99-10
 Acórdão : 202-11.944

"Art. 25 - Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

- I - ação normativa;**
 - II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie."**
- (grifos acrescidos ao original)*

Ora, a competência de legislar sobre matéria pertinente ao sistema tributário é do Congresso Nacional, como determina o art. 48 da Constituição Federal, sendo que a delegação outorgada pelo Decreto-Lei nº 2.124/84, ato do Poder Executivo auto disciplinado, que ainda que pudesse ter validade na vigência da constituição anterior, perdeu sua vigência 180 dias a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tendo a norma que dispõe sobre a delegação de competência perdido sua vigência, a Instrução Normativa nº 124/86, ficou sem fonte material que a sustente e, consequentemente, também perdeu sua vigência em abril de 1989.

Analisada a norma instituidora da obrigação acessória tributária, entendo cabível apreciar a cominação da penalidade estabelecida no item 5.1 da Instrução Normativa nº 142/86, cujos argumentos acima despendidos são plenamente aplicáveis.

No Direito Tributário a sanção administrativa tributária tem a mesma conformação estrutural lógica da sanção do Direito Penal e se assim o ato ilícito antijurídico deve ter a cominação de penalidade específica.

Em artigo publicado na RT-718/95, pg. 536/549, denominado "A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária", GERD W. ROTHMANN, eminent professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, destacou um capítulo sob a rubrica "Características das infrações em matéria tributária", que merece transcrição aqui para servir de supedâneo ao argumento de que, a ausência de perfeita tipicidade na lei de conduta do contribuinte, implica a carência da ação fiscal:

"Tanto o crime fiscal como a mera infração administrativa se caracterizam pela antijuridicidade da conduta, pela tipicidade das respectivas figuras penais ou administrativas e pela culpabilidade (dolo ou culpa).



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

349

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

A antijuridicidade envolve a indagação pelo interesse ou bem jurídico protegido pelas normas penais e tributárias relativas ao ilícito fiscal.

(...)

A tipicidade é outro requisito do ilícito tributário penal e administrativo. O comportamento antijurídico deve ser definido por lei, penal ou tributária. Segundo RICARDO LOBO TORRES (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 1993, pg. 268), a tipicidade é a possibilidade de subsunção de uma conduta no tipo de ilícito definido na lei penal ou tributária.

(...)

Nisto reside a grande problemática do direito penal tributário: leis penais, freqüentemente mal redigidas, estabelecem tipos penais que precisam ser complementados por leis tributárias igualmente defeituosas, de difícil compreensão e sujeitas a constantes alterações.”

Na mesma esteira doutrinária o BASILEU GARCIA (in “Instituições de Direito Penal”, vol. I, Tomo I, Ed. Max Limonad, 4^a edição, pg. 195) ensina:

“No estado atual da elaboração jurídica e doutrinária, há pronunciada tendência a identificar, embora com algumas variantes, o delito como sendo a ação humana, anti-jurídica, típica, culpável e punível.

O comportamento delituoso do homem pode revelar-se por atividade positiva ou omissão. Para constituir delito, deverá ser ilícito, contrário ao direito, revestir-se de antijuricidade. Decorre a tipicidade da perfeita conformidade da conduta com a figura que a lei penal traça, sob a injunção do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Só os fatos típicos, isto é,meticulosamente ajustados ao modelo legal, se incriminam.”

O Direito Penal (e por conseguinte o Direito Tributário Penal) contém normas adstritas às normas constitucionais. Dessa sorte, está erigido sob a primazia do princípio da legalidade dos delitos e das penas, de sorte que a justiça penal contemporânea não concebe crime sem lei anterior que o determine, nem pena sem lei anterior que a estabeleça; daí a parêmia “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, erigida como máxima fundamental nascida da Revolução Francesa e vigorante cada vez mais fortemente até hoje (Cf. Basileu Garcia, op. Cit., pg. 19).



Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Na Constituição Federal há expressa disposição que repete a máxima retro mencionada, em seu art. 5º, inciso XXXIX:

"Art. 5º ...

XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."

No âmbito tributário, a trilha é a mesma, estampada no Código Tributário Nacional, art. 97, o qual já tivemos oportunidade de citar no início deste voto.

Não há, aqui, como não se invocar teorias singelas sobre o trinômio que habilita considerar uma conduta como infratora às normas de natureza penal: o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, segundo conceitos extraídos da preleção de DAMÁSIO E. DE JESUS (in Direito Penal, Vol. 1, Parte Geral, Ed. Saraiva, 17ª edição, pg. 136/137).

"O fato típico é o comportamento humano que provoca um resultado e que seja prevista na lei como infração; e ele é composto dos seguintes elementos: conduta humana dolosa ou culposa; resultado lesivo intencional; nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; e enquadramento do fato material a uma norma penal incriminatória.

A antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico.

Dessa caracterização de tipicidade, de conduta e de efeitos é que nasce a punibilidade."

Tais elementos estavam ausentes no processo que cito, como também estão ausentes no caso presente. Daí não ser punível a conduta do agente.

Não será demais reproduzir mais uma vez a lição do já citado mestre de Direito Penal Damásio de Jesus, que ao estudar o **FATO TÍPICO** (obra citada - 1º volume - Parte Geral (Ed. Saraiva - 15ª Ed. - pág. 197) ensina:

"Por último, para que um fato seja típico, é necessário que os elementos acima expostos (comportamento humano, resultado e nexo causal) sejam descritos como crime.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

351

Processo : 10380.004225/99-10
Acórdão : 202-11.944

(...)

"Faltando um dos elementos do fato típico a conduta passa a constituir em indiferente penal. É um fato atípico."

(...)

"Foi Binding quem pela primeira vez usou a expressão 'lei em branco' para batizar aquelas leis penais que contêm a sanctio juris determinada, porém, o preceito a que se liga essa consequência jurídica do crime não é formulado senão como proibição genérica, devendo ser complementado por lei (em sentido amplo)."

Nesta linha de raciocínio nos ensina CLEIDE PREVITALLI CAIS, in O Processo Tributário, assim preleciona o princípio constitucional da tipicidade:

"Segundo Alberto Xavier, "tributo, imposto, é pois o conceito que se encontra na base do processo de tipificação no Direito Tributário, de tal modo que o tipo, como é de regra, representa necessariamente algo de mais concreto que o conceito, embora necessariamente mais abstrato do que o fato da vida." Vale dizer que cada tipo de exigência tributária deve apresentar todos os elementos que caracterizam sua abrangência. "No Direito Tributário a técnica da tipicidade atua não só sobre a hipótese da norma tributária material, como também sobre o seu mandamento. Objeto da tipificação são, portanto, os fatos e os efeitos, as situações jurídicas iniciais e as situações jurídicas finais."

O princípio da tipicidade consagrado pelo art. 97 do CTN e decorrente da Constituição Federal, já que tributos somente podem ser instituídos, majorados e cobrados por meio da lei, aponta com clareza meridiano os limites da Administração neste campo, já que lhe é vedada toda e qualquer margem de **discretionalidade.**" (Grifo nosso)

Como nos ensinou Cleide Previtalli Cais "... cada tipo de abrangência tributária deve apresentar todos os elementos que caracterizam sua abrangência..." , já que "... lhe é vedada (à Administração) toda e qualquer espécie de discretionalidade."

Revela-se, assim, que tanto o poder para restringir a liberdade como para restringir o patrimônio devem obediência ao princípio da tipicidade, pois é a confirmação do princípio do devido processo legal a confrontação específica do fato à norma.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Diante do exposto, entendo que a Instrução Normativa nº 124/86 não é veículo próprio a criar, alterar ou extinguir direitos, seja porque não encontra em lei seu fundamento de validade material, seja porque a delegação pela qual se origina é malversação da competência que pertine ao Decreto-Lei, ou seja porque inova o ordenamento extrapolando sua própria competência.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 15 de março de 2000

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Roberto Domingo".

LUIZ ROBERTO DOMINGO



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

**VOTO DO CONSELHEIRO ANTONIO CARLOS BUENO RIBEIRO
RELATOR-DESIGNADO**

De início, é de se afastar a preliminar de cerceamento de direito de defesa, pois, como salientado pela decisão recorrida, é pacífico neste Colegiado que a ausência do dispositivo legal infringido no auto de infração não enseja sua nulidade quando a descrição dos fatos autoriza o sujeito passivo a exercer plenamente seu direito de defesa, provado esse aspecto, *in casu*, pelas abrangentes peças de defesa apresentadas nas fases impugnatória e recursal.

Também não vejo como acolher a preliminar, suscitada pelo Ilustre Relator do voto vencido, de nulidade do presente lançamento devido a suposta falta de cotejo do valor da multa e os tributos devidos, conforme preconizada na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 120/89 e na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 120/90, pois inexiste nos autos elementos que demonstrem a inobservância desse comando ou que dele tenha resultado prejuízo para a Recorrente, que, aliás, nada reclamou neste particular.

Da mesma maneira improcede a alegação de aplicação em dobro da penalidade em questão, haja vista que a obrigação acessória de apresentar DCTF, segundo os atos normativos de regência, é cometida tanto a matriz como a todos os estabelecimentos da empresa, uma vez atingidos os parâmetros que os submetam a essa obrigação.

Assim, apurado o enquadramento na obrigação e a infringência aos termos em que ela posta, pela matriz e um ou mais estabelecimento de uma empresa, justifica-se o procedimento autônomo em relação a cada um dos infratores, de acordo com suas especificidades, o que não se subsume à hipótese de reunião das exigências num só processo estabelecida no § 1º do art. 9º do Decreto nº 70.235/72, na sua nova redação.

A legalidade da obrigação acessória em comento - Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF - deflui da competência conferida ao Ministro da Fazenda pelo art. 5º do Decreto-Lei nº 2.124/84 para "eliminar ou instituir obrigações acessórias relativos a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal", a qual, através da Portaria MF nº 118, de 28.06.84, foi delegada ao Secretário da Receita Federal.

Assim foi que, no exercício dessa competência, esta última autoridade, por intermédio da Instrução Normativa SRF nº 129, de 19.11.86, instituiu a obrigação acessória da entrega de DCTF, o que aliás está conforme com a finalidade institucional da Secretaria da Receita Federal, na qualidade de órgão gestor das atividades da administração tributária federal.



Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

pelo seu descumprimento, o que, na hipótese, foi observado, pois o acima mencionado ato administrativo e suas alterações posteriores apenas se reportam ao dispositivo legal que cumpriu essa função, qual seja o § 3º do art. 5º do já referido Decreto-Lei nº 2.124/84, verbis:

"ART.5 - O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

.....
§ 3º Sem prejuízo das penalidades aplicáveis pela inobservância da obrigação principal, o não cumprimento da obrigação acessória na forma da legislação sujeitará o infrator à multa de que tratam os parágrafos 2º, 3º e 4º, do art.11, do Decreto-Lei nº 1.968, de 23 de novembro de 1982, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983."

Dali fica ressaltado, também, que o vínculo da obrigação acessória de apresentar DCTF com o Decreto-Lei nº 1.968/82 é indireto, uma vez que o ato legal que deu origem a essa obrigação determinou que se aplicasse as penalidades naquele previstas (§§ 3º e 4º do art. 11 Decreto-Lei nº 1.968/82, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.065/83) para uma outra hipótese, na falta ou entrega fora de prazo da DCTF, a saber:

"ART.11 - A pessoa física ou jurídica é obrigada a informar à Secretaria da Receita Federal os rendimentos que, por si ou como representante de terceiros, pagar ou creditar no ano anterior, bem como o Imposto sobre a Renda que tenha retido.

§ 1º A informação deve ser prestada nos prazos fixados e em formulário padronizado aprovado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2º Será aplicada multa de valor equivalente ao de uma ORTN para cada grupo de 5 (cinco) informações inexatas, incompletas ou omitidas, apuradas nos formulários entregues em cada período determinado.

§ 3º Se o formulário padronizado (§ 1º) for apresentado após o período determinado, será aplicada multa de 10 (dez) ORTN, ao mês-calendário ou fração, independentemente da sanção prevista no parágrafo anterior.

§ 4º Apresentado o formulário, ou a informação, fora de prazo, mas antes de qualquer procedimento "ex officio", ou se, após a intimação, houver a apresentação dentro do prazo nesta fixado, as multas cabíveis serão reduzidas à metade."

Quanto aos demais argumentos deduzidos pela Recorrente, em que pese o teor das manifestações jurisprudenciais e doutrinárias em que se fundamentam, esbarram no texto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10380.004225/99-10

Acórdão : 202-11.944

Quanto aos demais argumentos deduzidos pela Recorrente, em que pese o teor das manifestações jurisprudenciais e doutrinárias em que se fundamentam, esbarram no texto expresso nos atos legais acima reproduzidos ou enveredam nos meandros de sua constitucionalidade, ao argüir a violação de princípios constitucionais, o que constitui matéria estranha à esfera administrativa.

Finalmente, conforme ressaltado na preliminar do voto vencido, no cálculo da multa em tela, demonstrado na Planilha de fls. 05, não foram consideradas as prorrogações do prazo de entrega das declarações relativas aos meses de jan/94 a jun/94, que foram prorrogadas para o dia 29.07.94, na forma da Instrução Normativa nº 53/94, aos meses jul/94 a set/94, que foram prorrogadas para o dia 25.11.94, na forma da Instrução Normativa nº 89/94, e ao mês de out/95, que foi prorrogado para o dia 28.12.95, na forma da Instrução Normativa nº 57/95, impondo, assim, o seu recálculo, com observância dos novos prazos de entrega estabelecidos nos referidos atos administrativos.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a multa na forma acima assinalada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 15 de março de 2000


ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO