



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

Recorrente : **INDÚSTRIA E COMÉRCIO XAVANTE LTDA.**
Recorrida : **DRJ em Recife - PE**

NORMAS PROCESSUAIS – DECADÊNCIA - O direito de apurar e constituir créditos relativos a contribuições sociais para a seguridade social extingue-se após 10 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia haver sido constituído. No caso de não haver transcorrido 05 anos entre a autuação e o 1º dia do exercício seguinte ao de ocorrência do fato gerador, o crédito tributário lançado de ofício não se encontra fulminado pela decadência, ainda que se abandone a norma específica aplicável às contribuições (art. 45 da Lei nº 8.212/1991) e adote-se a dos tributos em geral (inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional). **Preliminar acolhida para afastar a decadência.**

COFINS – FALTA DE RECOLHIMENTO – A falta de recolhimento da contribuição enseja lançamento de ofício, quando apurada pela autoridade fiscal.

MULTA DE OFÍCIO – É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de multa de ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo.

Recurso negado.

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

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em acolher a preliminar para afastar a decadência; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 05 de novembro de 2002


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/cf/ja



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

Recorrente : **INDÚSTRIA E COMÉRCIO XAVANTE LTDA.**

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/17 para exigência do crédito tributário de R\$297.348,59 (incluindo-se nesse montante juros de mora e a multa proporcional), decorrente da falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente ao período de 01/94 a 12/98.

Como base legal para a referida exigência, observou-se o disposto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei Complementar nº 70/91.

Impugnando o feito tempestivamente, às fls. 108/112, a autuada apresentou os seguintes argumentos de defesa:

- a) preliminarmente, acata a falta de recolhimento da COFINS, mas discorda da multa de ofício de 75%, em face da espontaneidade em escriturar e declarar a contribuição apurada;
- b) a teor do disposto no artigo 174 da Lei nº 5.172/66 (CTN), prescritas estão as contribuições relativas ao período compreendido entre 01/01/1994 e 01/07/1994;
- c) a cobrança de juros moratórios mensais, TRD e SELIC, é inconstitucional e incompatível com a própria política do governo;
- d) a multa de ofício de 75% é abusiva e confiscatória, sendo vedada pela Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso IV. Invoca, em seu favor, os princípios da legalidade, moralidade, propriedade e segurança jurídica; e
- e) requer o pagamento do “justo devido” mediante parcelamento normal.

Pela Decisão de fls. 114/119 – cuja ementa a seguir se transcreve -, a autoridade monocrática (DRJ em Recife/PE) julgou procedente a ação fiscal:

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

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/01/1994, 01/03/1994 a 31/12/1996, 01/08/1998 a 30/04/1998, 01/11/1998 a 31/12/1998

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO

A falta de recolhimento, total ou parcial, da Cofins enseja, quando apurada pela autoridade fiscal, lançamento de ofício.

LANÇAMENTO EX OFFICIO DE VALOR NÃO INFORMADO EM DCTF

Não tendo havido a apresentação da DCTF, é formalizada através de procedimento de ofício a exigência relativa aos débitos não declarados.



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

DECADENCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

O direito de apurar e constituir o crédito, nos casos de Contribuições Sociais para a Seguridade Social, só se extingue após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

INCONSTITUCIONALIDADE MULTA E JUROS MORATORIOS

Foge à competência da autoridade administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, não podendo, esta, portanto, negar-lhe execução, haja vista que tal matéria está adstrita ao âmbito da esfera judicial.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

As atividades de lançamento e julgamento do crédito tributário são vinculadas à lei.

MULTA DE OFÍCIO

A multa a ser aplicada em procedimento fiscal ex-officio é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie.

LANÇAMENTO PROCEDENTE”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 125/128), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória. Aduz, ainda, que:

- a) a cobrança do crédito tributário referente ao período de 07/02/1994 a 10/12/1996 deveria ter sido efetuada sob a exegese dos artigos 895 e 986 do RIR/94, considerando-se que a Lei nº 9.430/96 somente teve seus efeitos a partir de janeiro/97 e que a aplicação da cobrança domiciliar, nos termos em que foi constituída, ensejaria o pagamento, de uma forma mais branda, do respectivo débito através de parcelamento;
- b) o lançamento de ofício somente seria cabível diante da constatação de falta de informação ou declaração de tributo devido, fato que não ocorreu;
- c) quanto à prescrição dos débitos referentes ao período de 01/01 a 01/07/94, este Segundo Conselho de Contribuintes já se manifestou favoravelmente à tese do contribuinte através dos Acórdãos de nºs 201-71.134 e 201-73.599, de 19/11/97 e 23/02/2000, respectivamente;
- d) sobre a afirmativa do julgador singular de que a autuada não fez prova, no processo, da entrega das DCTF, esclarece que, no início da fiscalização do procedimento principal referente ao IRPJ, a autuada apresentou as declarações, objeto de multa específica naquele processo, ainda *sub judice*; e //



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

- e) a exigência do depósito recursal de 30% foi suprida pelo arrolamento de bens do seu Ativo Imobilizado, conforme previsto no inciso III do artigo 2º do Decreto nº 3.717/01. Esclareça-se que os referidos bens já foram arrolados pela DRF no procedimento fiscal principal de IRPJ.

Através da Resolução nº 202-00.337, os Membros da Segunda Câmara deste Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converteram o julgamento do recurso em diligência, com o fim de que a autoridade preparadora se manifestasse sobre o arrolamento de bens alegado pela reclamante, informando, ainda, se esta observou a exigência prevista nos §§ 3º e 4º do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo art. 32 da Medida Provisória nº 2.176-79, de 23 de agosto de 2001.

Às fls. 140/145 foram anexados, pela autoridade preparadora, documentos comprobatórios do arrolamento de bens.

É o relatório.



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O Recurso é tempestivo e subiu respaldado em arrolamento de bens, confirmado pelos documentos de fls. 140/145. Diante dessas razões, passo a examiná-lo.

Versa o presente processo sobre lançamento de ofício efetuado pela Delegacia da Receita Federal em Caruaru - PE para constituir o crédito referente à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS que a autuada teria deixado de recolher no período compreendido entre os meses de janeiro/1994, março/1994 a abril/1998, e novembro e dezembro/1998.

A reclamante, em sede de recurso, argúi, em preliminar, a prescrição dos créditos tributários referentes aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro e julho de 1994, *haja vista que o débito levantado pelo autuante referente aos meses de 01/01 a 01/07/94 estão alcançados pelo prazo estipulado no CTN em seu artigo 174, por haver decorrido mais de 05 anos do lançamento por homologação dos mesmos na declaração de rendimento do exercício de 1995.* A preliminar ora em análise não merece ser acolhida pela razão seguinte:

- no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é a hipótese da COFINS, sua mera declaração em DIRPJ não representa, como alegado pela defesa, a constituição definitiva do pertinente crédito tributário, porquanto predita constituição dá-se, tão-somente, por meio de lançamento fiscal - privativo da autoridade administrativa - ou pela homologação tácita ou expressa dos atos e pagamentos antecipados efetuados pelo sujeito passivo. Ora, não tendo sido ainda constituído o crédito tributário, não há falar-se em prescrição.

Por outro lado, também não ocorreu a decadência de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários referentes aos períodos retrocitados, porquanto o termo *a quo* do prazo extintivo para lançamento do crédito fiscal, à luz do inciso I do artigo 173 do CTN, nas hipóteses em que não houve antecipação de pagamento, é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo já poderia haver sido lançado, *in casu*, 1º de janeiro de 1995. Daí, ainda que não seja considerado o artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, específico para as contribuições sociais, e adote-se a regra geral do CTN, o termo final para constituição da exigência fiscal é 31 de dezembro de 1999. Como o auto de infração foi lavrado em 1º de julho de 1999, os créditos tributários lançados ainda não haviam sido fulminados pela decadência.

A recorrente argúi o caráter confiscatório da multa de ofício, no percentual de 75%, aplicada ao lançamento.

Faz-se necessário esclarecer que o lançamento tributário é o ato jurídico-administrativo vinculado e obrigatório, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, identifica-se o sujeito passivo da obrigação correspondente, determina-se a base de cálculo e a alíquota aplicável, formaliza-se o crédito e se estipula os termos da sua exigibilidade.



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

Exatamente por isso é restrito o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular o percentual da multa de ofício a ser exigida do sujeito passivo, pois a própria lei já o especifica. No caso presente, a penalidade foi calculada no percentual de 75% do valor da contribuição não recolhida, por determinação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que alterou o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.218/1991.

Dessa feita, como a incidência da multa e o seu percentual decorrem de expressa disposição legal, não poderia a autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, deixar de cumprir expressa determinação legal ou fixar novo critério para formalização do crédito tributário inadimplido, como é o caso do pedido efetuado pela recorrente de que lhe seja aplicada a multa de mora em lugar da de ofício.

É preciso observar que, à época no início do procedimento fiscal, já encontrava-se em vigor a Lei nº 9.430/1996, devendo, por ela, ser regidos os procedimentos adotados pelo agente fiscal.

O art. 47 da Lei nº 9.430/96 permite o pagamento de tributos e contribuições já lançados ou declarados com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização. Ocorre que, no presente caso, a COFINS objeto do presente Auto de Infração não havia sido lançada ou declarada quando do início da ação fiscal. Incabível, portanto, a aplicação dos acréscimos legais relativos ao procedimento espontâneo.

"Art. 47. A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os tributos e contribuições já lançados ou declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo."

Por outro lado, a própria Lei nº 9.430/96 prevê, em seu art. 44, inciso I, a aplicação da multa no percentual de 75%, nos casos de lançamento de ofício de falta de pagamento ou recolhimento. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal; não foi além nem aquém do fixado na lei.

Em relação aos argumentos da recorrente de que a multa de 75%, constante do Auto de Infração, seria confiscatória, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário.

De fato, os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Carta Magna.



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do 'Poder Executivo'."

Esse parecer também se arrimou em Tito Resende:

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."

Ainda sobre o tema, o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em processo de Consulta, assim dispôs:

"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 seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e 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 argüição."

*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 Legislativos e Executivo, como mencionado, chega-*

//



Processo nº : 10435.001280/99-49
Recurso nº : 117.260
Acórdão nº : 202-14.308

se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.

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, § 1º e 103, I, d VI)."

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Quanto ao argumento de que as DCTF relativas aos períodos auditados foram apresentadas no processo principal, que se refere ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, tendo sido, inclusive, objeto de multa naquele processo, é preciso observar que, ainda assim, a recorrente não trouxe aos autos quaisquer provas que sustentassem sua alegação.

Destituídas de provas materiais que as sustentem, as razões apresentadas no recurso não de ser consideradas "meras alegações" e não podem ser levadas em consideração no julgamento de mérito.

Vale ressaltar que a própria contribuinte admite no seu recurso que houve falta de recolhimento da contribuição no referido período e que os valores lançados à época do início da ação fiscal não haviam sido declarados em DCTF, que, por sua vez, foram apresentadas quando já iniciado o procedimento de fiscalização.

Posto isso, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 05 de novembro de 2002


HENRIQUE PINHEIRO TORRES