



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	FUNÇÃO DO D. O. U.
C	18/10/2000
C	Substituto
	Habrica

300

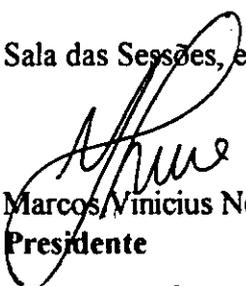
Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380
Sessão : 16 de agosto de 2000
Recurso : 112.402
Recorrente: MASTER ELETRÔNICA DE BRINQUEDOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

NORMAS PROCESSUAIS - PRELIMINAR DE NULIDADE - Não há que se falar em nulidade por exigência da multa de ofício no percentual de 75% sobre o principal lançado, quando prevista em Lei e não ser confiscatória.
COFINS - MULTA DE OFÍCIO - Não contestado o lançamento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS por falta de recolhimento, cabível a aplicação da multa de ofício. **Recurso a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MASTER ELETRÔNICA DE BRINQUEDOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2000


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Helvio Escovedo Barcellos, Ricardo Leite Rodrigues, Oswaldo Tancredo de Oliveira, Maria Teresa Martínez López e Luiz Roberto Domingos.

Eaal/cf/mas



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380
Recurso : 112.402
Recorrente: MASTER ELETRÔNICA DE BRINQUEDOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa MASTER ELETRÔNICA DE BRINQUEDOS LTDA. foi efetuado o lançamento consubstanciado no Auto de Infração de fls. 01/04 e seus demonstrativos, com exigência do devido por sua matriz e filiais a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, multa de ofício e juros de mora, relativo aos fatos geradores de 01 a 02/93, 05/93 a 11/97 e 01 a 03/98.

A contribuinte tomou ciência do lançamento aos 14/09/98 e ingressou com a Impugnação de fls. 405/410 em 13/10/98 onde, em resumo, apresenta os seguintes argumentos:

- por ter utilizado a multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) sobre os valores supostamente devidos, o auto de infração não pode prosperar, porque a multa é flagrantemente confiscatória, o que resulta na ilegalidade do procedimento fiscal fustigado;
- que, pela jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente do STF, que será fartamente apresentada a seguir, deve ser excluída a multa imposta pela autoridade administrativa, o que é facultado pelo Poder Judiciário quando a multa excessiva aplicada pelo Fisco tem caráter confiscatório;
- faz citações de que, nos termos da CF/88, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, tanto os tributos como as penalidades, quando excessivas, de caráter flagrantemente confiscatórias, estão sujeitas ao controle jurisdicional, porque neles estão insculpidos os princípios da capacidade contributiva e a vedação do confisco;
- transcreve matéria publicada em revistas e faz citações de várias decisões judiciais; e
- ao final, diz que, nos termos do artigo 150, inciso IV, da CF/88, e com base na farta doutrina e jurisprudência apresentada, aguarda a exclusão da exorbitante multa de 75%, decretando a nulidade do procedimento fiscal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

Para prolatar a Decisão de fls. 450/454, onde manteve a exigência em sua totalidade, a autoridade monocrática se valeu da seguinte fundamentação:

“A impugnação é tempestiva, portanto dela conheço e passo a apreciá-la juntamente com as demais peças processuais, à luz da legislação vigente.

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal - PAF, em seus artigos 59 e 60, assim dispõe:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

“Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

Logo se vê que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo 59 acima transcrito. Não há a incompetência de que tratam os itens I e II, e não se pode falar em preterição do direito de defesa na fase de lançamento, como bem lembra Antonio da Silva Cabral, em sua obra *Processo Administrativo Fiscal*, Editora Saraiva, 1993, página 524.

Mas é o mesmo autor quem alerta para a existência de outras causas de nulidade não previstas no Decreto nº 70.235/72. É o que demonstra o excerto seguinte:

“As nulidades dos atos processuais podem ter os seguintes fundamentos:

a) o ato é nulo porque a lei proíbe a sua prática;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47

Acórdão : 202-12.380

- b) a nulidade ocorre porque foi omitido um ato previsto em lei. Se o fisco pretender cobrar algo de um cidadão comum, utilizando-se da chamada cobrança amigável, mas sem antes ter procedido ao lançamento, terá declarada a nulidade do ato;
- c) prática de um ato permitido por lei, ou não defeso, mas sem as formalidades legais. Assim, a decisão de primeira instância, sem a devida fundamentação, será declarada nula;
- d) incompetência de quem praticou o ato;
- e) cerceamento do direito de defesa;
- f) o não-preenchimento dos requisitos previstos em lei para a prática do ato.

Um dos equívocos praticados por julgadores de primeira instância e, até, por Câmaras de Conselhos de Contribuintes consiste na afirmação de que as nulidades são *apenas as hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72*. Assim, alguns só admitem se possa falar em nulidade de atos, termos, despachos e decisões quando praticados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Pelas razões acima, logo se vê que *nem só essas são as hipóteses de nulidade.*" (Os itálicos constam do original). (ANTONIO DA SILVA CABRAL, obra citada, página 524).

No texto acima, o autor aponta outras hipóteses de nulidade tais como: ato proibido por lei, omissão de ato previsto em lei e ausência de formalidades legais. Nenhuma delas está presente no caso em lide. Tão pouco estão presentes outras causas de nulidade apontadas pela doutrina.

Faz-se necessário salientar que embora a Constituição Federal de 1988, em seu art. 149 tenha determinado de forma expressa e literal que se apliquem às contribuições os mais importantes princípios constitucionais tributários - da legalidade e da irretroatividade - além de todas as normas gerais de direito tributário, não as elencou entre as espécies tributárias definidas no art. 145. Tal fato gerou controvérsia sobre a natureza das contribuições, surgindo duas correntes doutrinárias, a dos tributaristas que afirmam serem as contribuições tributos e a dos que negam esta afirmação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

De fato, as contribuições sociais, conquanto espécies tributárias distintas, posto que possuem destinação específica e parafiscal, têm algumas características dos tributos elencados no art. 145 da Carta Magna, conclusão esta, possibilitada pela definição de tributo dada pelo art. 3º da Lei nº 5.172/66 (CTN).

O princípio constitucional da vedação do confisco, definido através do art. 150, IV, da CF, pelo qual é vedado utilizar tributo com efeito de confisco, não se aplica ao caso.

Mesmo considerando a COFINS como espécie tributária, sua alíquota de 2% (dois por cento) não pode ser taxada como confiscatória e o percentual de 75% (setenta e cinco por cento) aplicado como multa de ofício incide sobre o valor da contribuição e decorre do procedimento de ofício, como penalidade pela falta de espontaneidade da contribuinte e cometimento da infração pela falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, conforme apurado no Auto de Infração em lide.

Além disso, sobre a inconstitucionalidade da cobrança da multa de ofício, cabe esclarecer que a Secretaria da Receita Federal, como órgão da Administração Direta da União, não é competente para decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal. Como entidade do Poder Executivo, cabe à Secretaria da Receita Federal, mediante ação administrativa, aplicar a lei tributária ao caso concreto. O Fisco ao lançar o tributo, determina sua base de cálculo *In concreto*. Só a ele (Poder Executivo) é permitido fazê-lo. Não pode nem mesmo delegá-lo a outro Poder, sendo, dessa forma, típica atividade administrativa de competência privativa do Poder Executivo.

A Constituição Federal em seu art. 2º estabelece o princípio da separação e independência dos Poderes, sendo, portanto, interdito ao Executivo avocar matéria de competência privativa do Poder Judiciário como é a de decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal.

Acrescente-se que a Constituição Federal estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, e que para ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos tribunais, é necessário o voto da maioria dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, conforme disposições contidas nos arts 97 e 102, I, "a".



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

Dispõe, ainda, a Constituição Federal no art. 52, X, que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Com o advento do Decreto n.º 2.194/97, e posteriormente pelo Decreto n.º 2.346/97, fundamentados na Lei n.º 9.430/97, foi autorizado ao Secretário da Receita Federal determinar que não sejam constituídos créditos tributários baseados em lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originariamente ou mediante recurso extraordinário.

Sendo a atividade administrativa de lançamento, vinculada e obrigatória, tem o administrador o dever de aplicar a lei em vigor e suas normas complementares, segundo o Código Tributário Nacional em seus artigos 142 parágrafo único, 96 e 100 I, não cabendo, pois, a alegação de inconstitucionalidade da legislação em vigor.

Sobre a multa lançada através do procedimento de ofício, observa-se que o C.T.N., em seu art. 142, assim trata da constituição do crédito tributário pelo lançamento:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” (grifos não são do original).

No momento da autuação, de acordo com o enquadramento legal citado à fl. 24, aquele era o percentual a ser aplicado a título de multa lançada por ocasião de procedimento fiscal ex officio, em estrito cumprimento às normas da legislação tributária vigentes à época, não lhe assistindo, portanto, qualquer razão à contribuinte em querer dar cunho confiscatório à aludida exigência.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

A citada decisão foi ementada nos seguintes termos:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – **COFINS**.

Período: 01 e 02/93, 05/93 a 11/97, 01 a 03/98.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). PRELIMINAR DE NULIDADE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando as alegações não condizem com a realidade dos fatos e não estão presentes outras hipóteses de nulidade.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO.

A falta de pagamento de tributo ou contribuição, quando detectada por procedimento de ofício, enseja a aplicação de multa de ofício.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

Inconformada, a Recorrente apresentou o Recurso Voluntário de fls. 461/462, onde reporta-se aos mesmos apresentados na impugnação, com o fim de serem apreciados, pedindo, ao final, que seja dado provimento ao recurso para o fim de reformar a decisão de primeira instância.

É o relatório.



Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR ADOLFO MONTELO

Chegou a este Conselho o Recurso Voluntário de fls. 461/462, apresentado em 15/06/99, sem a comprovação do depósito recursal pelo fato de ter obtido liminar em Ação de Mandado de Segurança nº 99.9163-9, que tramita pela 13ª. Vara Federal em Recife/PE, determinando que o mesmo seja aceito e processado com a suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151, III, do CTN, não havendo notícia de sua confirmação e ou cassação.

O recurso, por tempestivo e preencher os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade.

A Recorrente, em todo o seu argumento na impugnação, quer ver o lançamento anulado com a tese de que a multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) sobre os valores devidos à COFINS é confiscatória, e, por isso, resulta na ilegalidade do procedimento fiscal.

Tenho por muito bem fundamentada a decisão monocrática, não merecendo reparos.

¹O princípio da capacidade contributiva tem por destinatário o legislador, que não pode deixar de observá-lo, sob pena de atuar em desconformidade com a Constituição e, portanto, de forma inválida. "... o legislador, ao escolher os fatos ou relações fáticas, deve ter presente esse aspecto de produtividade dentro do próprio sistema de tributação. A dificuldade está em que, se na manifestação de vontade objetivada na lei, este princípio não for adequadamente observado, a Lei será economicamente imperfeita mas juridicamente válida..."

²São variadas as modalidades de sanções que o legislador brasileiro costuma associar aos ilícitos tributários que elege. As penalidades pecuniárias são as mais expressivas formas do desígnio punitivo que a ordem jurídica manifesta, diante do comportamento lesivo dos deveres que estipula. Ao lado do efeito psicológico que operam, evitando, muitas vezes, que a infração venha a ser consumada, é o modo por excelência de punir o autor da infração cometida.

¹ Leandro Paulsen, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência, 2ª. ed., Livraria e Editora do Advogado, Porto Alegre/RS.

² Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 6ª. edição, página 350, 1993, Editora Saraiva.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

A Recorrente, para não ficar exposta à exigência da multa de ofício de 75%, tinha a seu dispor a faculdade de procurar a repartição administradora dos tributos e contribuições federais e propor o parcelamento do seu débito, quando então lhe seria exigida apenas a multa de mora, que atualmente é de 0,33% a cada dia de atraso, indo até o máximo de 20% sobre o valor do principal.

Tinha, ainda, a oportunidade de ficar sujeita apenas à multa de mora, já mencionada, de no máximo de 20%, se tivesse consignado seus débitos em DCTF, que é um dos instrumentos de que dispõe a Secretaria da Receita Federal para controle dos valores de que a União Federal é credora, no que diz respeito aos tributos e contribuições, bem como inscrevê-los em Dívida Ativa da União e posterior cobrança em Execução Fiscal; mas preferiu a Recorrente correr o risco e aguardar a ação do Fisco, que veio a exigir o que é de direito e com os acréscimos legais, dentre eles a multa de ofício de 75%, a qual, em passado recente, já foi de percentagem superior.

Como já exposto na decisão singular, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, tendo o administrador o dever de aplicar a lei em vigor e suas normas regulamentares, como disposto no artigo 142 e seu parágrafo único do CTN.

A exigência da multa de ofício tem a sua capitulação legal descrita às fls. 24 e os juros de mora às fls. 25.

Assim, não tem o que prosperar os argumentos trazidos por ocasião de sua impugnação e reafirmados em seu Recurso Voluntário, porque nada tem de confiscatório a aplicação da penalidade pecuniária naquela percentagem, em razão de embasamento legal em pleno vigor, portanto, não há que ser reformada a decisão de primeira instância.

Do mérito.

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS teve declarada a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, através da ADC-1/DF, portanto, não há que ser questionada a sua legalidade.

A motivação da exigência pela falta do recolhimento da COFINS está descrita às fls. 02, sua fundamentação legal (fls. 04) está prevista nos artigos 1º ao 5º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, cujos valores e legalidade não são contestados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.011048/98-47
Acórdão : 202-12.380

Ante todo o exposto, e tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2000

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Adolfo Montelo', written in a cursive style.

ADOLFO MONTELO