



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 22 / 06 / 2004
loaf
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10510.000989/2002-25

Recurso nº : 121.923

Acórdão nº : 203-09.259

Recorrente : FLF COMÉRCIO LTDA.

Recorrida : DRJ em Salvador - BA

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.

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da 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. **Preliminares rejeitadas.**

COFINS. DECADÊNCIA. A Lei nº 8.212/91 estabeleceu o prazo de dez anos para a decadência da COFINS. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal.

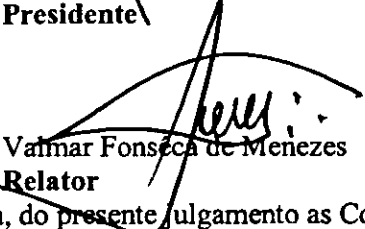
Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **FLF COMÉRCIO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes **I) por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade da decisão recorrida e de inconstitucionalidade; e II) pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Mauro Wasilewski, César Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento as Conselheiras Maria Cristina Roza da Costa e Luciana Pato Peçanha Martins.
Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 10510.000989/2002-25

Recurso nº : 121.923

Acórdão nº : 203-09.259

Recorrente : **FLF COMÉRCIO LTDA.**

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata-se de Auto de Infração, fls.07/16, lavrado contra a contribuinte, acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, decorrente de insuficiência de recolhimento do valor devido, em face de divergências entre os valores declarados à Secretaria da Receita Federal e os escriturados no Livro de Registro de Apuração do ICMS da matriz e filial, pertinentes ao período compreendido entre janeiro de 1997 e dezembro de 2001.

2. O enquadramento legal descreve infração ao art. 77, inciso III, do Decreto-lei nº 5.844, de 1943; art.149 da Lei nº 5.172, de 1966; art. 1º e art.2º, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999 e suas reedições.

3. Na descrição dos fatos (fl.08), foi informado que as divergências apuradas se originaram do confronto dos valores escriturados no Livro de Registro de Apuração do ICMS e das informações prestadas pela autuada a SRF, por meio de DIPJ e DCTF.

4. Tendo tomado ciência da autuação em 15/04/2002, fl.07, a contribuinte apresentou impugnação ao lançamento em 13/05/2002, fls.359/368, sendo as razões de defesa, em síntese, as seguintes:

- a ação fiscal deve ser julgada improcedente, na medida que está contrariando não só o próprio Direito, bem como a Lei, posto que, o objetivo perseguido trata-se de cobrança abusiva e ilegal;

- não concorda com a nova feição que a Lei nº 9.718, de 1998 pretendeu imprimir à COFINS, a qual padece de vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade;



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

- o pensamento majoritário do Supremo Tribunal Federal é de que o conceito de receita é estritamente técnico, cabendo ao interprete buscar “os limites técnicos” do termo “receita” utilizado pela Carta Magna de 1988, encontrado na Teoria Geral da Contabilidade;

- se por força da supremacia da Constituição de 1988, o legislador infraconstitucional não é totalmente livre para definir o que seja receita, do necessário exame do arquétipo constitucional de receita resulta que seja como produto da empresa e seja aumento bruto de ativos (patrimônio) da empresa, do ativo que não resulta da empresa ou não aumenta patrimônio, esta fora das fronteiras semânticas do arquétipo constitucional de receita e não pode ser definido pelo legislador infraconstitucional como receita. Este é precisamente o caso de ativos recebidos não em nome próprio, mas em nome de terceiros, sendo o mesmo entendimento da doutrina e jurisprudência, que transcreve;

- após historiar a legislação da COFINS desde a Lei Complementar nº 70, de 1991, diz que causa preocupação à aquiescência do legislador ordinário às inconsistências contidas na Lei nº 9.718, de 1998, que possui redação dada pelo Executivo, já que é fruto de Medida Provisória, ficando o contribuinte a mercê do Executivo e do legislador ordinário, que se quedou inerte permitindo a ocorrência de dispositivos ambíguos e antagônicos em nosso ordenamento, sem falar na segurança das relações jurídicas, garantia constitucional, deixando o contribuinte sem saber o rumo a ser adotado na consecução de suas obrigações fiscais;

- transcreve alguns conceitos de faturamento e receita bruta, contidos em diversos dicionários e enciclopédias, fls.363/364, para concluir que os dicionários ao definirem o termo faturamento, não fogem ao conceito contido no direito comercial, do qual não poderia ter se distanciado o legislador ordinário;

- é vedado ao legislador infraconstitucional incluir na base de cálculo de um imposto valores que sejam estranhos à hipótese de incidência prevista em sede constitucional;

- o Auto de Infração feriu a Constituição Federal de 1988 em inúmeros aspectos, ao infringir os Princípios Constitucionais da Legalidade e do Não Confisco, pois a Lei Complementar nº 70, de 1991 não poderia ser alterada por Lei Ordinária, e a multa aplicada com base no art.44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, trata de verdadeiro confisco, proibido pelo art.150 da Carta Maior;

- a correção utilizada é abusiva, extrapolando os limites da legalidade, posto que cria juros superiores ao patamar praticável em consonância com a lei;



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

- lembra que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, somente as instituições bancárias podem cobrar juros acima de 1%, conforme Súmula 596 que transcreve;

- por fim, diz que demonstrado o seu direito líquido e certo, além da clareza da inconstitucionalidade e ilegalidade do alcance da base de cálculo ditada pelas Leis nº 9.715 e 9.718, ambas de 1998, espera seja decretado a nulidade do Auto de Infração, conforme a preliminar argüida e, no mérito o julgamento pela improcedência, de forma a não produzir nenhum crédito tributário.”

adiante: A DRJ em Salvador — BA proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

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

Período de apuração: 01/01/1997 a 28/02/1999, 01/04/1999 a 31/12/2001

Ementa: JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento à análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A análise da inconstitucionalidade das leis está reservada aos órgãos judicantes, transbordando da competência da autoridade administrativa o pronunciamento quanto à validade das normas frente à Constituição.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela administração em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente e dos juros moratórios.

A multa de ofício a ser aplicada em procedimentos *ex-officio* é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época da constituição do respectivo crédito tributário.

A lei definiu a utilização da SELIC para o cálculo dos juros de mora, em consonância com dispositivo do Código Tributário Nacional. É cabível, por



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

expressa disposição legal, a exigência destes juros em percentual superior a 1%.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Apurada a falta/insuficiência de recolhimento da Cofins, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, resumidos a seguir:

COMO PRELIMINAR DE NULIDADE:

- a decisão recorrida deve ser declarada nula por cerceamento do direito de defesa da recorrente, por desconsiderar os termos da sua impugnação quanto à decadência;
- em razão de ter a Delegacia de Julgamento desatendido o prazo contido no artigo 27 do Decreto nº 70.235/72 - que determina o julgamento do processo em 30 dias – deve este Colegiado desconsiderar a decisão recorrida, extinguindo o processo ora guerreado.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.718/98, DA MULTA APLICADA E DOS JUROS COM BASE NA TAXA SELIC:

- a Lei nº 9.718/98 afronta o Princípio da Isonomia, previsto na Constituição Federal, nos seus artigos 5º e 150º, não merecendo prosperar o entendimento da decisão recorrida de que inexistente o controle de constitucionalidade na esfera administrativa. Também são inconstitucionais a multa aplicada e a Taxa SELIC.

DO MÉRITO:

DA DECADÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO:

- ocorreu decadência da contribuição, nos termos dos artigos 150 e 173 do CTN, com relação aos períodos de janeiro a maio de 1997.

É o relatório.



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Analisando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos que:

1. DAS PRELIMINARES:

1.1 - DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA.

Não procede a alegação da recorrente, visto que se verifica da peça impugnatória que a matéria de decadência não foi suscitada naquela ocasião, o que afasta qualquer hipótese de cerceamento do direito de defesa, por não apreciação, pela decisão recorrida, de tal matéria.

Quanto ao prazo estabelecido pela Legislação Processual para julgamento da impugnação, o artigo referido pela defesa já foi alterado pela Lei nº 9.532/97:

“Art. 27¹. Os processos remetidos para apreciação da autoridade julgadora de primeira instância deverão ser qualificados e identificados, tendo prioridade no julgamento aqueles em que estiverem presentes as circunstâncias de crime contra a ordem tributária ou de elevado valor, este definido em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97)”.

Assim, no tocante à nulidade, verifiquemos a sua pertinência ao caso em análise.

Inicialmente, reproduzamos o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

¹NOTA 1 - REDAÇÃO ANTERIOR

Art. 27. O processo será julgado no prazo de 30 (trinta) dias, a partir de sua entrada no órgão incumbido do julgamento.



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

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

Verifica-se que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso primeiro e não se pode falar em cerceamento 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. Neste ponto, cabe-nos apenas ressaltar que o respeito ao princípio do contraditório está configurado pela ciência dos termos processuais por parte da autuada. Além disso, a possibilidade de ampla defesa está assegurada em diversos pontos da legislação citada pelo fisco, em especial as disposições do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, regulador do *Processo Administrativo Fiscal*, mencionado no próprio auto de infração lavrado, e do qual tomou ciência a contribuinte.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

1.2 - DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE.

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 aprivação 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



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

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.

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.

2. DO MÉRITO: DA DECADÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

Em suas razões recursais, a recorrente alega decadência do lançamento efetuado e que, de acordo com o Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário estaria extinto. Embora não suscitada na fase impugnatória, mas por tratar-se de matéria de ordem pública, passo à sua apreciação.

A este respeito, transcrevo o meu entendimento exarado por ocasião do julgamento do Recurso nº 114.809, de cujo Acórdão retiro excertos, como razões de decidir:

"O instituto da decadência é ligado ao ato administrativo do lançamento e, portanto, faz-se mister tecer alguns comentários sobre esses institutos para, em seguida, concluirmos sobre a questão.

O Código Tributário Nacional - CTN classificou os tipos de lançamento, segundo o grau de participação do contribuinte para a sua realização, nas seguintes modalidades: lançamento por declaração (art. 147); lançamento de ofício (art. 149) e lançamento por homologação (art. 150).



Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o qual é uma modalidade em que cabe ao contribuinte efetuar os procedimentos de cálculo e de pagamento antecipado do tributo, sem prévia verificação do sujeito ativo. O lançamento se consumará posteriormente através da homologação expressa, pela real confirmação da autoridade lançadora ou pela homologação tácita, quando esta autoridade não se manifestar no prazo de cinco anos contado da ocorrência do fato gerador, conforme previsto no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Embora o Código Tributário Nacional - CTN utilize a expressão "homologação do lançamento", não faz sentido se falar em homologar aquilo que ainda não ocorreu, haja vista que o lançamento só se dará com o ato de homologação. Daí porque, trata-se de homologação da atividade anterior do sujeito passivo, ou seja, trata-se de homologação do pagamento antecipado. Neste sentido é o entendimento de diversos tributaristas do País, entre eles José Souto Maior Borges, em sua obra "Lançamento Tributário, Rio, Forense, 1981, p. 465, 466 e 468" e Paulo de Barros Carvalho, em seu trabalho "Lançamento por Homologação - Decadência e Pedido de Restituição, em Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, IOB, n. 3, fev. 1997, p. 72 e 73."

No entanto, o artigo 10 da Lei Complementar nº 70, de 31/12/1991, estabelece que o produto da arrecadação da COFINS é componente do Orçamento da Seguridade Social e, por outro lado, a Lei ordinária posterior nº 8.212, de 24.07.91, ao dispor sobre a organização da Seguridade Social, estabeleceu, através do *caput* do art. 45 e inciso I, um novo prazo de caducidade para o lançamento das respectivas Contribuições Sociais:

"Art. 45 - O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído".

A Lei nº 8.212/91 entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 25/07/91.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal, o que resulta no mesmo período de tempo citado."

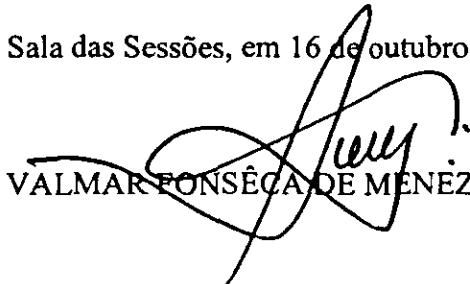


Processo nº : 10510.000989/2002-25
Recurso nº : 121.923
Acórdão nº : 203-09.259

Acrescente-se, ainda, que, por força da vinculação deste Colegiado às normas legais vigentes, está afastada da sua competência a análise de disposição expressa em Lei, como no caso *in concreto*.

Diante do exposto, voto no sentido de que sejam rejeitadas as preliminares de nulidade e de inconstitucionalidade para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES