



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicação no Diário Oficial da União
de 09 / 04 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10630.001464/00-26
Recurso nº : 120.312
Acórdão nº : 203-08.947

Recorrente : AUTO MOTOBRÁS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADES – IMPOSIÇÃO DE MULTA - A competência é a autorização concedida em lei ao servidor público para, em nome do ente público político e nos limites da atuação permitida ao órgão ao qual está vinculado, emitir norma individual e concreta que afeta a conduta do administrado; a competência para o lançamento tributário que possui o auditor-fiscal da Receita Federal no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal. Estando presentes todos os requisitos norteadores do processo administrativo fiscal, delineados no Decreto nº 70.235/72, e legislação aplicável à matéria, descabe a alegação de nulidade mencionada pelo contribuinte. **Preliminar rejeitada.**

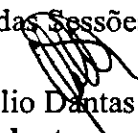
CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS – Período de apuração de abril/98 a nov/00. É devida a contribuição, nos termos da Lei nº 9.718/98. **FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO** – Apurada falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
AUTO MOTOBRÁS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade por incompetência; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 10 de junho de 2003


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Valmar Fonsêca de Menezes, Mauro Wasilewski, Luciana Pato Peçarha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Antônio Augusto Borges.

Imp/cf



Processo nº : 10630.001464/00-26

Recurso nº : 120.312

Acórdão nº : 203-08.947

Recorrente : AUTO MOTOBRÁS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social no período de apuração de abril/98 a novembro/00.

Consta do relatório efetuado pela autoridade fiscal as seguintes irregularidades:

- não recolheu tributo para fatos geradores ocorridos em abril/98 a novembro/00;
- não entregou DCTF relativas aos períodos de abril a dezembro/98, tendo entregado as dos períodos de janeiro/99 e seguintes constando “compensação sem DARFs”;
- informou que compensou seus débitos com recolhimentos de FINSOCIAL em alíquotas superiores a 0,5% e que teria processo judicial garantindo-lhe tal direito. Afirma o fisco que não há trânsito em julgado da respectiva ação judicial; e
- não protocolizou processo administrativo de compensação para que fosse levantado o *quantum* compensável e seu controle.

Por meio de impugnação, alega a contribuinte, em apertada síntese, que:

- preliminarmente, na visão passiva o Auto de Infração, por ser meramente declaratório e não ato constitutivo, “... não é o competente meio para efetivação da cobrança.” [*sic*]. Em seu juízo, o agente autuante não teria competência para aplicar a penalidade, mas apenas propor sua aplicação segundo o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN. Assim, sem prévia anuência do acusado, nos termos do artigo 5º, LV, da CF/88, atesta que o Auto de Infração é absolutamente nulo;

- a exigência fundou-se em presunção, não tendo validade nem eficácia, dado o caráter de amostragem com que foi verificado o cumprimento de suas obrigações tributárias frente à COFINS, segundo o Termo de Encerramento de fl. 11. Na esteira desse raciocínio, teria havido cerceamento do direito de defesa, ferindo-se o disposto no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna;

- no mérito, ressalta ser inconstitucional o aumento da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS pela Lei nº 9.718/98, dado o contraste com as determinações de suas leis complementares de origem, de hierarquia superior, além do que referida lei confronta com o artigo 110 do CTN, quando altera a definição de faturamento dada pelo direito privado;



Processo nº : 10630.001464/00-26
Recurso nº : 120.312
Acórdão nº : 203-08.947

- é contra a já combatida ampliação da base de cálculo da COFINS – o faturamento – que passou a abarcar a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas;

- nem mesmo a Emenda Constitucional nº 20/98, que altera o seu artigo 195, atribui constitucionalidade à Lei nº 9.718/98, seja pelas razões anteriores, seja porque editada anteriormente à Emenda;

- defende a não auto-executoriedade do artigo 195 da CF/88 e sua eficácia com a edição de Lei Complementar. Traz citações doutrinários e julgados do Poder Judiciário para defender a nulidade da Lei nº 9.718/98;

- em artigo próprio, lembra que, “... conforme mencionado no auto de infração, ...” ingressou com ação ordinária com pedido de tutela antecipada perante a 6ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte, sob o nº 1999.38.00.009508-9, visando à restituição dos valores pagos a título de FINSOCIAL, superiores a 0,5%;

- tida como julgada procedente, a contribuinte esclarece que outra ação judicial, da mesma natureza daquela, sob o nº 1999.38.00.10187-6, proposta na mesma seção judiciária, objetivou a restituição de valores pagos indevidamente a título de PIS com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Nela teriam sido reconhecidos como indevidos os recolhimentos efetuados àquele título, compelindo-lhe à compensação com parcelas vencidas e vincendas da mesma contribuição; e

- estaria devidamente amparada por decisão judicial, autorizando a compensação de PIS com o próprio PIS, não havendo mais o que se discutir. Em conclusão à abordagem ao artigo 66 da Lei nº 8.383/91, prega que tal compensação não é faculdade do FISCO, antes um direito subjetivo seu, a cujo exercício não se pode opor a Fazenda Pública. Disso, condena o lançamento, em face de sua total falta de fundamento.

Ao final, aduz a ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC como taxa de juros moratórios, bem como da cobrança da multa tida como de caráter confiscatório, cuidando de requerer a anulação do auto de infração.

Por meio do Acórdão DRJ/JFA nº 00.605, de 15 de janeiro de 1002, os Membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, consideraram procedente o julgamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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

Exercício: 1999, 2000, 2001

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO – A falta ou insuficiência de recolhimento de contribuição enseja sua cobrança mediante procedimento de ofício.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: NULIDADE – Inexistindo incompetência ou preterição do direito de defesa, não há como cogitar-se de nulidade do lançamento.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

§



Processo nº : 10630.001464/00-26
Recurso nº : 120.312
Acórdão nº : 203-08.947

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: **INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.** A autoridade administrativa não possui competência para apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa unicamente ao Poder Judiciário.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso, onde reitera os argumentos **expostos** em sua impugnação, a saber: em preliminar, argúi a impossibilidade de o Fiscal impor **multa**; a inconstitucionalidade do aumento da COFINS e de sua base de cálculo operada pela **Lei nº 9.718/98**; da superioridade hierárquica da Lei Complementar nº 70/91 sobre a Lei nº 9.718/98; e a ilegalidade da Taxa SELIC.

Consta dos autos Termo de arrolamento de bens, nos termos do artigo 33, § 2º, do **Decreto nº 70.235/72**.

É o relatório.



Processo nº : 10630.001464/00-26

Recurso nº : 120.312

Acórdão nº : 203-08.947

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ**

Presentes os pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, passo ao exame da matéria.

Conforme relatado, as matérias discutidas podem ser assim sintetizadas: em preliminar, aduz a impossibilidade de o Fiscal impor penalidade; no mérito, a inconstitucionalidade do aumento da COFINS e de sua base de cálculo operada pela Lei nº 9.718/98 e a ilegalidade da Taxa SELIC.

Preliminar de nulidade - lançamento e imposição de multa.

O estudo do lançamento tributário situa-se no âmbito do Direito Tributário Formal. Deste modo, a competência para o lançamento tributário está, por consequência, compreendido no campo do Direito Tributário Formal. A distinção entre Direito Material e Direito Formal feita por Hans Kelsen¹ trata as normas gerais “que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos” como normas de Direito Material, e “as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas” como normas de Direito Formal.

O Direito Tributário Material cuida da existência do tributo, dos direitos e deveres oriundos da relação jurídica tributária, relativos ao seu objeto, aos seus titulares, e aos seus sujeitos: ativo e passivo. É o Direito Tributário Material que estuda o poder tributário e a sujeição respectiva, a delimitação espacial, o fato gerador do tributo, sua quantificação e medida, o crédito tributário e as penalidades aplicáveis. Já o Direito Tributário Formal cuida da apuração do tributo com os procedimentos necessários para tanto, bem como de sua tutela jurídica. Inclui as normas que tratam do lançamento tributário, da jurisdição tributária e da execução fiscal.

Quando se fala em competência, há que se referir ao poder conferido à autoridade administrativa. É o poder legal de realizar determinada parcela da função administrativa. Na verdade, a competência deve ser associada à autoridade e não propriamente ao poder, pois o servidor competente não tem em si mesmo a força de impor decisões. É o Estado que detém esse poder e o coloca à disposição da autoridade que detenha a competência para que faça valer o interesse público.

José Souto Maior Borges relaciona competência com autorização, habilitação e poder. Tratando do art. 142 do CTN, afirma que o artigo configura apenas uma autorização para o exercício de determinado comportamento privativo da autoridade administrativa. A norma deste dispositivo, segundo o autor, confere habilitação para uma determinada conduta nos seus

¹ Teoria pura do direito, p. 320



Processo nº : 10630.001464/00-26
Recurso nº : 120.312
Acórdão nº : 203-08.947

termos definida. A competência resulta numa habilitação, um poder de produzir normas individuais e concretas (atos jurídicos).²

A competência é a autorização concedida em lei ao servidor público para, em nome do ente público político e nos limites da atuação permitida ao órgão ao qual está vinculado, emitir norma individual e concreta que afeta a conduta do administrado. A competência para o lançamento tributário que possui o auditor-fiscal da Receita Federal no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal tem origem, como não poderia deixar de ser, na lei.³

Por outro lado, estabelece o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 que o auto de infração conterá, obrigatoriamente, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, conforme transcrição a seguir:

“Art.10 - O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e **conterá obrigatoriamente:**

(...)

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(...)”.

Note-se que o texto é conclusivo: “**e conterá obrigatoriamente**”, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável. O auto de infração tem sempre e necessariamente como pressuposto a prática de um ilícito.⁴

Da simples análise do instrumento exordial, bem como de seus anexos, verifica-se ter sido feita a descrição dos fatos e o enquadramento das disposições legais para o lançamento tributário, com a correlação entre a tipologia legal da obrigação acometida ao contribuinte (norma primária) e a tipologia da penalidade pelo descumprimento da obrigação (norma secundária).

Não bastasse a regra expressa contida no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade fiscal também descreveu a conduta da Recorrente, sendo suficiente para que haja a subsunção do fato à norma jurídica. Por outro lado, tem-se que o fato gerador da imposição da multa de 75% é o lançamento de ofício. Assim, concluo que devidamente foi procedida por quem possui a competência a aplicação da multa de ofício.

No mais verifica-se que o lançamento foi realizado com absoluta observância aos princípios norteadores do direito administrativo, razão pela qual voto no sentido de rejeitar a preliminar alegada.

Da ilegalidade de lei e dos consectários legais.

² Lançamento tributário, p. 89.

³ Veja-se MP 2.175

⁴ Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado – Ed. Dialética – 2002, p.143



Processo nº : 10630.001464/00-26
Recurso nº : 120.312
Acórdão nº : 203-08.947

No que pertine à ilegalidade da Lei nº 9.718/98 ou da aplicação "excessiva" de juros e da multa de ofício, igualmente entendo que nenhuma razão assiste à recorrente, uma vez que da análise dos autos verifica-se ter sido aplicada a legislação de regência.

Cumpra observar, preliminarmente, ter-me curvado ao posicionamento deste Colegiado, que tem, reiteradamente, de forma consagrada e pacífica, entendido não ser este o foro ou instância competente para a discussão da constitucionalidade das leis, quando, principalmente, sobre a mesma pairam dúvidas. Cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor.

Nesse sentido, registro que a presente questão envolvendo a ilegalidade da SELIC encontra-se "*sub judice*", não havendo ainda definitividade, razão pela qual manifesto-me pela sua aplicabilidade, na forma em que está sendo imposta, na constituição do crédito tributário.

Igual posicionamento adoto em relação à alíquota majorada. A título de registro, reproduzo pesquisa ao informativo do STF de nº 291, dando conta da seguinte notícia:

"Compensação da COFINS e Isonomia

Concluído o julgamento de recurso extraordinário em que se sustentava que o § 1º do art. 8º da Lei 9.718/98, ao possibilitar a compensação de até um terço da COFINS com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, em contrapartida à majoração de alíquota instituída no caput do mesmo artigo, teria ofendido o princípio da isonomia porquanto impede a mesma compensação às pessoas jurídicas que apresentem prejuízo (v. Informativo 287). O Tribunal, por maioria, manteve o acórdão do TRF da 4ª Região - que denegara a pretensão da contribuinte de ver-se exonerada do recolhimento da COFINS calculada pela alíquota majorada -, por entender que o citado dispositivo não fere o princípio da isonomia porque trata de situações diversas, permitindo, de um lado, a compensação àquelas pessoas jurídicas que auferirem lucro, sujeitas, portanto, à dupla tributação (COFINS e CSLL) e, de outro, a tributação única na COFINS àquelas empresas sem faturamento. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso extraordinário da contribuinte e declaravam a inconstitucionalidade do art. 8º e seus § 1º, 2º, 3º e 4º da Lei 9.718/98."

No que pertine à base de cálculo, reproduzo julgamento dando como certa a probabilidade de tributar todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica. Senão vejamos:

"Acórdão - RESP 364839 / SC; RECURSO ESPECIAL- 2001/0128244-0

Fonte - DJ DATA: 16/12/2002 PG:00294

Relator - Min. ELIANA CALMON (1114)

Ementa - TRIBUTÁRIO - COFINS - LEI 9.718/98 - RECURSO ESPECIAL: FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL.

1. Não é a tese jurídica em discussão que define se o prequestionamento é ou não de matiz constitucional. O fundamento jurídico do acórdão é que define a querela.



Processo nº : 10630.001464/00-26
Recurso nº : 120.312
Acórdão nº : 203-08.947

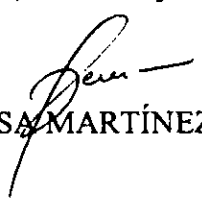
2. *Acórdão impugnado que se fundamentou na legislação infraconstitucional e na Constituição.*
3. *A Lei 9.718/98 manteve, como base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS o faturamento da empresa, nos moldes da LC 70/91, mudando apenas o conceito de faturamento, ao incorporar todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica.*
4. *Faturamento, Receita da Empresa ou Receita Bruta são conceitos sinônimos na dicção do STF (RE 150.755/PE), o que resguarda a Lei 9.718/98 de ter agredido o art. 110 do CTN, por não alterar conceito algum.*
5. *Recurso especial improvido."*

Quanto à multa aplicada de 75%, verifica-se ter decorrido de uma infração fiscal cometida pela contribuinte. Trata-se, portanto, de penalidade e não de tributo, não tendo caráter confiscatório, já que não visa arrecadar mais tributo ou contribuição, mas sim desestimular a prática da ilicitude fiscal que a mesma visa coibir. Mesmo entendendo o espírito da lei, a recorrente deixou de cumpri-la, assumindo, assim, o ônus da conduta inadequada, pois somente incorre na multa quem infringe a legislação tributária.

Esclareça-se que não há de se confundir multa de ofício com multa de mora, esta é devida quando os contribuintes recolhem o imposto devido fora do prazo, mas espontaneamente; aquela é devida no caso de lançamento de ofício. O percentual da multa de mora, atualmente em vigor, é de 0,33% por dia de atraso, limitado a 20%, enquanto que na multa de ofício era de 100%, conforme o artigo 4º da Lei nº 8.218/91, atualmente, tendo em vista a superveniência da Lei nº 9.430, de 27.12.96, artigo 44, inciso I, reduzido ficou para 75%, tal como procedido pela autoridade fiscal. Neste caso, a multa somente é devida quando o contribuinte não cumpre com a obrigação tributária, nos termos em que é exigida por lei. Observa-se inexistir até a presente data contestação judicial de forma conclusiva, acerca da ilegalidade da referida cobrança administrativa.

Portanto, em razão do todo exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, negar provimento ao presente recurso.

Sala das Sessões, em 10 de junho de 2003


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ