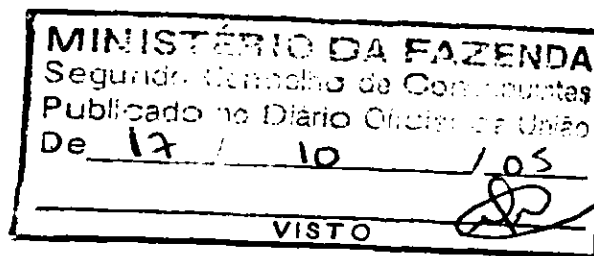




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.011809/2002-89
Recurso nº : 126.249
Acórdão nº : 201-78.223



Recorrente : MINAS DA SERRA GERAL S/A
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

Deve ser anulada a decisão recorrida que não enfrenta todas as matérias argüidas na impugnação.

Processo anulado a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

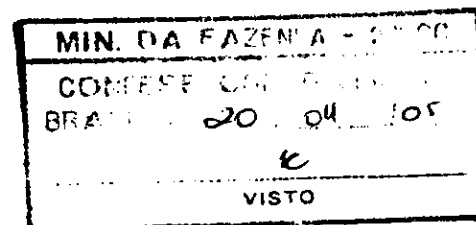
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MINAS DA SERRA GERAL S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rego Galvão
Adriana Gomes Rego Galvão
Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Antonio Carlos Atulim, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco e Gustavo Vieira de Melo Monteiro.

Ausente o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer.



Processo nº : 10680.011809/2002-89
Recurso nº : 126.249
Acórdão nº : 201-78.223

MIN DA FAZENDA
CONFERÊNCIA DE RECURSOS
20 04 05
VISTO

Recorrente : MINAS DA SERRA GERAL S/A

RELATÓRIO

Minas da Serra Geral S/A, devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do Recurso de fls. 473/503, contra o Acórdão nº 4.328, de 1/9/2003, prolatado pela 1ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Minas Gerais - MG, fls. 435/457, que julgou procedente em parte o lançamento consubstanciado no auto de infração de PIS, fls. 5/9, lavrado em 12/8/2002.

Do Termo de Verificação Fiscal, fls. 10/13, consta que a Fiscalização apurou crédito tributário em dois períodos:

1) de 6/92 a 9/94 - do confronto com os balancetes mensais e com recolhimentos efetuados em 28/4/2000 (antes do início do procedimento fiscal, que ocorreu em 8/2/2002), foi constatado que a fiscalizada não pagou o valor da contribuição em quantia suficiente, porque adotou como vencimento o sexto mês subsequente à ocorrência do fato gerador; e

2) de 02/99 a 11/2001 - do confronto com os balancetes mensais, e tendo em vista a base de cálculo determinada pela Lei nº 9.718/98, foram encontradas diferenças.

Informa, ainda, a Fiscalização que a contribuinte impetrou um Mandado de Segurança com o objetivo de discutir a aplicação da Lei nº 9.718/98, cuja liminar foi deferida e confirmada pelo juízo monocrático, porém, o Tribunal Regional Federal deu provimento à apelação da União.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 250/284, sintetizada pela decisão recorrida nos seguintes termos:

"Resume o feito fiscal, concluindo que a autoridade fiscal constituiu o crédito fiscal de PIS no montante de R\$ 2.767.359,74 decorrente:

'(i) da adoção como vencimento o 6º mês subsequente à ocorrência dos fatos geradores do PIS, nos termos da Lei Complementar nº 7, de 1970, relativo ao período de apuração de 6/92 a 9/94, em desconformidade com a legislação aplicável, e decorrente.

(ii) da exclusão de receitas da base de cálculo do PIS relativas ao período de apuração de 2/99 a 11/2001, em desconformidade com a legislação aplicável - Lei nº 9.718, de 1998.'

Prossegue, analisando a decadência. Alega que no momento da constituição do crédito tributário já havia decorrido o prazo decadencial de cinco anos, porque nos termos do art. 146 da Carta Magna caberia à lei complementar tratar sobre decadência e prescrição, pelo que deve-se balizar pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), não podendo prevalecer nenhum outro prazo decadencial ou prescricional fixados em leis específicas, como, no caso, os prazos previstos na Lei 8.212, de 1991.

Assevera, ainda, que estando o PIS sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição de crédito pelo Fisco deve observar o disposto no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, cinco anos contados da ocorrência do fato jurídico tributário. Mesmo que fosse contado o prazo nos termos do art. 173, inc. I do CTN, o direito de constituição do crédito em questão já teria decaído.



MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
20 04 05
VISTO

Processo nº : 10680.011809/2002-89
Recurso nº : 126.249
Acórdão nº : 201-78.223

Ressalte-se que o fato de que a contribuição em questão deva ser calculada nos termos da Lei Complementar 7, de 1970, é fato reconhecido pela autoridade fiscal; ocorre que essa entende que a impugnante teria adotado como data de vencimento o 6º mês subsequente à ocorrência dos fatos geradores, bem como deveria submeter-se aos ditames da Lei 7.691, de 1988, que teria modificado tal prazo de vencimento. A impugnante discorda do entendimento ora exposto.

De fato, a impugnante, nos termos da LC 7, de 1970, calculou o PIS devido e recolheu considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador. Equivoca-se a autoridade fiscalizadora ao entender também que a Lei 7.691, de 1998, teria alterado a data de vencimento do PIS, mensal, quando recolhido nos termos da LC 7, de 1970. Referida Lei 7.691, de 1988, afirma a defendente, alterou os critérios de recolhimento do PIS nos termos dos Decretos-leis nº 2.445 e 2449, ambos de 1998, fato que não gera qualquer reflexo em relação à LC 7, de 1970.

Alerta também a impugnante que ela própria se equivocou ao preencher os Darfs objeto dos recolhimentos em questão e que referido equívoco foi comunicado à autoridade fiscalizadora. Cumpre ressaltar que a referida autoridade expressamente afirma ter examinado os balancetes mensais para a extração dos valores componentes das bases de cálculo, fato que elidiria o equívoco cometido pela impugnante no preenchimento dos Darfs. Contudo, conforme a defendente, parece que a autoridade fiscalizadora não considerou tal fato.

Requer, em seguida, a nulidade do auto de infração, em razão de flagrante ilegalidade. O art. 63 da Lei 9.430, de 1996, veda, expressamente, o lançamento de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência. Alega que a União ao interpor recurso apresentado nos autos de mandado de segurança, o mesmo teria sido recebido meramente com efeito devolutivo, portanto, permanecendo válida a sentença concedida nos autos do mandado de segurança, até que essa venha, eventualmente, a ser modificada por decisão definitiva transitada em julgado ou suspensão por força de recurso que tenha esse efeito (suspensivo).

Em face do recurso de apelação, o TRF da 1ª Região proferiu acórdão modificando a sentença favorável à impugnante. Contudo, referido acórdão não foi ainda publicado de modo a gerar efeitos na esfera jurídica, pelo que a sentença permanece eficaz e a exigibilidade do crédito suspensão nos termos do art. 151, inc. IV do CTN.

Assevera que os créditos de ICMS extemporâneos não são receita, portanto, não podem os mesmos serem incluídos na base de cálculo do PIS. Alega que a partir de 1995 a legislação do Estado de Minas passou a permitir que os contribuintes que acumulassem créditos pudessem aproveitá-los, inclusive como créditos extemporâneos. Para a contribuinte, referidos valores não constituem uma receita para fins de tributação na medida em que decorrem unicamente do anterior pagamento do ICMS embutido no custo da aquisição de insumos pela impugnante - trata-se de um ônus, não de uma receita, sob a rubrica 'Recuperação de Despesas - ICMS Extemporâneo'.

Apenas para argumentar, a impugnante considera insubsistente o lançamento objeto da presente impugnação, na medida em que o alargamento da base de cálculo do PIS, perpetrada pela Lei 9.718, de 1998, é flagrantemente inconstitucional e os lançamentos ora impugnados decorrem exclusivamente do indigitado e inconstitucional alargamento dessa base de cálculo.



MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
20 04 05
4
VISTO

Processo nº : 10680.011809/2002-89
Recurso nº : 126.249
Acórdão nº : 201-78.223

Isso posto, a contribuinte passa a examinar em sua peça impugnatória as inconstitucionalidades incorridas pela Lei 9.718, de 1998, ao perpetrar o alargamento da base de cálculo e da alíquota do PIS.

Requer que a autoridade julgadora não se abstenha de analisar as irregularidades relacionadas pela impugnante sob o pretexto de não ser competente à declaração de inconstitucionalidade de lei. O que a defendente requer com as razões apresentadas é tão-somente que, caso a autoridade julgadora entenda que os dispositivos em questão não se coadunam com os dispositivos constitucionais, deixe de aplicá-los, ou seja, retire a sua eficácia para aplicar o dispositivo constitucional, mas não que se declare sua inconstitucionalidade, já que essa tarefa é exclusiva do Poder Judiciário.

A exigência da Cofins e do PIS pela lei ordinária 9.718, de 1998, mostra-se inconstitucional, eis que, incidindo sobre a totalidade das receitas, e não somente sobre o faturamento, necessitava de lei complementar, como expressamente estabelecido pelo art. 195, § 4º, combinado com o art. 154, inc. I, ambos da Constituição Federal.

As modificações introduzidas pela Lei 9.718, de 1998, na Medida Provisória nº 1.724, de 1998, foram de tal ordem substanciais, conforme se constata dos anexos a esta impugnação, que não se pode considerar a primeira (lei) como sendo o resultado da conversão da segunda (medida provisória); isso só seria verdade se a lei não tivesse trazido qualquer modificação ou se a alteração introduzida não acarretasse mudança substancial nas relações jurídicas reguladas. Assim, a Lei 9.718, de 1998, é lei ordinária autônoma que, como tal, necessitava de processo legislativo que a antecedesse, não se aplicando, na hipótese, o § único do art. 62 da Constituição, pelo que contém vício na sua formação, estando impossibilitada de integrar o ordenamento jurídico do país. Além desse vício formal, na sua edição a Lei 9.718, de 1998, encontrava-se em total desconformidade com o texto constitucional. Disserta a respeito do assunto, para concluir que por se ter utilizado de nova base de cálculo (totalidade das receitas) que não se identifica com faturamento, quer como receita bruta, a Lei 9.718, de 1998, criou novas contribuições que só poderiam encontrar fundamento de validade, à época da sua edição, no § 4º do art. 195 da CF.

Ou seja, as contribuições que têm previsão expressa na CF podem ser criadas por simples lei ordinária; já as contribuições não expressamente previstas - consideradas novas fontes de custeio da Seguridade Social - exigem lei complementar para a sua criação.

A Lei 9.718, na data da sua publicação, não possuía os pressupostos de validade porque não se conformava com a Constituição na redação vigente à época de sua edição, sendo, portanto, nula perante o ordenamento jurídico antes da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Essa própria emenda constitucional possui vício insanável, assim como a citada Lei 9.718, de 1998, o que é demonstrado pela defendente em extenso histórico a respeito do processo legislativo que levou à edição da referida emenda constitucional, que por sua vez feriu o princípio do bicameralismo como faz comprovar também por intermédio de anexo à peça impugnatória.

A taxa Selic tem a finalidade de remunerar o investidor, e não, a de aplicar uma sanção por atraso no cumprimento de uma obrigação. Ademais, não foi criada por lei, o que ofende ao princípio da legalidade insculpido no art. 150, inc. I da Constituição. Nem se alegue que a Lei 9.430, de 1996, é suficiente para caracterizar obediência ao disposto constitucionalmente, pois não traz nenhuma definição do que venha a ser taxa Selic, mas apenas, disciplina qual deve ser o seu uso. Ainda, o art. 161, § 1º da Lei nº 5.172, de 25

40m



Processo nº : 10680.011809/2002-89
Recurso nº : 126.249
Acórdão nº : 201-78.223

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONTRIB. COM. O. F. F.
20 04 05
K
VISTO

de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), dispõe que se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês. Como não existe lei ordinária que tenha criado a Selic, os juros que deveriam ser aplicados ao presente caso estão limitados à quantia de 1% ao mês. Assim, a requerente considera a aplicação da taxa Selic ilegal e inconstitucional.

Ao longo de toda peça impugnatória, a defendente transcreve entendimentos administrativos, doutrinários e jurisprudenciais que corroboram as argumentações levantadas pela mesma contra a autuação ora hostilizada.

Requer, ao final, o cancelamento do lançamento fiscal."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte - MG manteve o lançamento em parte, exonerando a multa de ofício em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/06/1992 a 30/11/2001

Ementa: O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social - entre elas o PIS - encontra-se fixado em lei.

Os atos legais relacionados com o PIS, interpretados em consonância com a Lei Complementar nº 7, de 1970, independentemente da data em que tenham sido expedidos, continuam plenamente em vigor, sendo incabível a interpretação de que tal contribuição deva ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior.

As alegações constantes da impugnação devem ser acompanhadas de provas suficientes que as confirmem.

Inexistindo incompetência ou preterição do direito de defesa, não há como alegar a nulidade do lançamento.

Não caberá lançamento da multa de ofício na constituição do crédito tributário relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa mediante concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em qualquer espécie de ação judicial.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juro de mora em percentual superior a 1%. A partir de janeiro de 1997, o juro de mora será equivalente à taxa Selic.

A propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando-se definitiva a exigência discutida.

Impugnação não Conhecida".

Ciente da decisão de primeira instância em 12/12/2003, fl. 472, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 7/1/2004, onde, em síntese, repisa os mesmos argumentos aduzidos na impugnação quanto:

- 1) à decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário relativo ao período de 6/92 a 9/94;
- 2) à semestralidade da base de cálculo para o período supracitado;

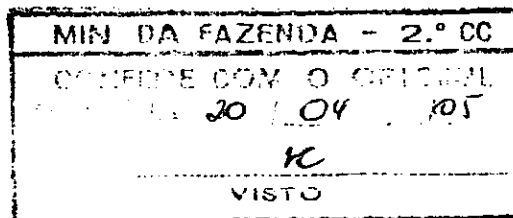
[Assinatura]



Processo nº : 10680.011809/2002-89

Recurso nº : 126.249

Acórdão nº : 201-78.223



3) à não inclusão, na base de cálculo apurada de 1999 a 2001, de créditos extemporâneos de ICMS, contabilizados em conta de resultado como “Recuperação de Despesas - ICMS Extemporâneo”;

4) à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, salientando que não pretende que se faça um controle de constitucionalidade, inerente ao Judiciário, mas que se retire a eficácia da aplicação de uma lei, em virtude desta confrontar com dispositivo constitucional, e esclarecendo que não se pode aplicar o disposto no art. 38 da Lei nº 6.830/80 porque tanto a Ação Cautelar como a Ação Ordinária foram ajuizadas antes da presente autuação, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do direito de livre petição aos órgãos públicos; ademais, o art. 51 da Lei nº 9.784/99 determina que qualquer renúncia à esfera administrativa não mais pode ser presumida, devendo ser requerida mediante manifestação escrita do contribuinte; e

5) à inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da taxa Selic como juros de mora.

Por fim, pede a anulação do auto de infração, com o conseqüente arquivamento do presente Processo Administrativo, sem nenhum ônus à recorrente.

À fl. 504 consta cópia do Darf relativo ao depósito recursal.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.011809/2002-89
Recurso nº : 126.249
Acórdão nº : 201-78.223

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
20 04 05
<i>h</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Alega a recorrente, dentre outros argumentos, que a decisão de primeira instância foi omissa quanto ao cômputo ou não, na base de cálculo da contribuição, dos valores relativos aos créditos extemporâneos de ICMS, e neste aspecto é de se verificar que são procedentes suas argumentações, pois a mesma enfrentou o aspecto da decadência, a questão da semestralidade, as considerações a respeito dos Darfs, diz que, quanto à matéria discutida judicialmente, qual seja, as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, não pode ser apreciada pelas instâncias julgadoras administrativas e que o restante da matéria, que esclarece ser a multa de ofício e os juros de mora, deve ser mantido.

Assim, considerando que nas alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 não se incluem os créditos extemporâneos do ICMS, entendo que a decisão *a quo* deveria se pronunciar a respeito do assunto, salientando-se que, ainda que a decisão recorrida considerasse que a matéria estaria submetida à apreciação do Judiciário, deveria se manifestar expressamente nesse sentido.

Em face do exposto, proponho anular a decisão recorrida para que outra seja proferida, manifestando-se sobre toda a matéria questionada.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.

Adriana Gomes Rêgo Galvão
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

Am