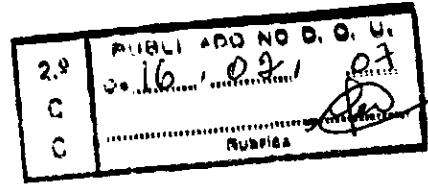




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
FI.

Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Recorrente : ALCHIMIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

COFINS. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa amoldam-se à sistemática de lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN. Outrossim, na hipótese em que inexistente recolhimento do tributo, ainda que parcial, por parte do contribuinte, aplica-se o disposto no art. 173, I, ou seja, ao ser efetuado o lançamento de ofício considera-se decaído o direito de lançar toda e qualquer parcela relativa a fatos geradores pretéritos ao primeiro dia do quinto ano anterior ao da lavratura do auto de infração.

JUROS. TAXA SELIC.

A Lei nº 9.430/96 dispõe sobre a aplicação da taxa Selic, estando de acordo com o § 1º do art. 161 do CTN e com o § 3º da Constituição Federal.

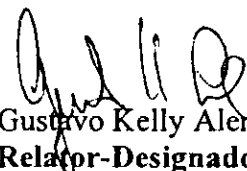
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ALCHIMIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Raimar da Silva Aguiar (Relator) e Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski quanto a decadência. Designado o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 16 de março de 2005.


Antonio Carlos Atulim
Presidente


Gustavo Kelly Alencar
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Maria Cristina Roza da Costa, Antonio Zomer e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : **ALCHIMIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe o Acórdão de fls. 50/54:

"Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 01 a 18 contra a contribuinte em epígrafe, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, referente ao período de 04/1992 a 09/1992, 11/1993, 06/1995 a 12/1995, 10/1996, 12/1996 e 01/1997 a 06/1997 no valor de R\$46.093,62 incluído principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 28/11/1997.

2. A autoridade lançadora junta às fls. 09 a 14 quadros demonstrativos da base de cálculo da Cofins, onde registra que o contribuinte incluiu nos processos de parcelamento nºs 13709.000640/94-11 e 10305.002272/95-35 a contribuição devida em alguns períodos de apuração.

3. Embasando o feito fiscal alegou o autuante ter se configurado infringência aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70/91. No que se refere à multa, os dispositivos legais aplicados foram o art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91, c/c art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91, art 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 e art. 106, inciso II, alínea "c", da Lei nº 5.172/66. Quanto aos juros de mora, os dispositivos legais estão elencados à fl. 08.

4. A interessada foi cientificada em 11/12/1997 e, inconformada, apresentou a impugnação de fls. 19 a 22 e respectivos anexos em 06/01/1998 alegando, em síntese, que:

4.1. foi autuada relativamente ao imposto de renda de pessoa jurídica no ano calendário de 1994 e em decorrência dos fundamentos desta exigência foram lançados o imposto de renda na fonte, a Cofins, o PIS e a CSLL;

4.2. o fundamento material das exigências teria sido a constatação de omissão de receita, caracterizada pela omissão de vendas, considerando que as vendas não têm respaldo das entradas das mercadorias em sua contabilidade;

4.3. no período em que esteve sob fiscalização, a empresa não foi intimada a esclarecer ou comprovar as eventuais divergências encontradas;

4.4. não houve indicação dos fundamentos legais das exigências tributárias. A fiscalização, por telefone mandou o contribuinte acrescentar ao auto de infração, dispositivos legais que não caracterizam a infração. A inexistência de fundamentação legal, assim como a falta de objetividade do texto que formaliza os fundamentos da exigência, implica em cerceamento do direito de defesa;

4.5. de acordo com os mapas demonstrativos que anexa à impugnação, inexistem vendas de mercadorias sem emissão de nota fiscal ou sem respaldo em estoques. Simples saídas em demonstração não significam vendas de mercadorias;

4.6. caso seja julgado necessário, requer a realização de diligência na escrituração da empresa.



Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

5. Ao final requer o cancelamento das autuações por falta de fundamentação legal objetiva e caracterização material à sustentação das exigências, principal e decorrentes."

A autoridade singular, conforme Acórdão DRJ/RJOII nº 1.293, de 25 de outubro de 2002 (fl. 50), indefere o pleito da requerente na ementa que abaixo se transcreve:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/04/1992 a 30/04/1992, 01/05/1992 a 30/09/1992, 01/11/1993 a 30/11/1993, 01/06/1995 a 31/12/1995, 01/10/1996 a 31/10/1996, 01/12/1996 a 31/12/1996, 01/01/1997 a 30/06/1997

Ementa: IMPUGNAÇÃO. Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Impugnação não Conhecida".

Em 15 de janeiro de 2003 a recorrente tomou ciência da Decisão (fl. 58, verso).

Irresignada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, a recorrente apresentou, em 12/02/2003, fls. 69/73, recurso voluntário a este Egrégio Conselho de Contribuintes no qual, admitida a possibilidade aberta pela DRJ (fl. 57), a contribuinte se insurge, em seu recurso, sobre os seguintes pontos:

- a) decadência, quanto ao direito de o Fisco promover o lançamento das contribuições relativas às competências de 01/04/92 a 30/04/92 e 01/05/92 a 30/09/92, amparada na forma do disposto no § 4º do art. 150 do CTN; e
- b) da impossibilidade de utilização da Taxa de Referência Selic, como taxa de juros moratórios para os créditos tributários federais.

É o relatório.



Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RAIMAR DA SILVA AGUIAR
(VENCIDO QUANTO A DECADÊNCIA)

O recurso voluntário a ser apreciado por este Colegiado é tempestivo, atende os pressupostos legais necessários à sua admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 11/12/1997, fls. 01 a 18, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente ao período de 04/1992 a 09/1992, 11/1993, 06/1995 a 12/1995, 10/1996, 12/1996 e 01/1997 a 06/1997 no valor de **R\$46.093,62** incluídos o principal, a multa de ofício e os juros de mora calculados até 28/11/1997.

A autoridade lançadora junta, às fls. 09 a 14, demonstrativos da base de cálculo da Cofins, registrando que a contribuinte incluiu nos processos de parcelamento de nºs 13709.000640/94-11 e 10305.002272/95-35 a contribuição devida em alguns períodos de apuração.

Em face do disposto nos arts. 146, III, "b", e 149 da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar, afastando-se, portanto, eventual aplicação do disposto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, sendo quinquenal o prazo decadencial para constituição de crédito tributário relativo à contribuição ao PIS. Por essa razão, à falta de lei complementar específica disposta sobre a matéria, ou de lei anterior recepcionada pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional.

Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral prevista no art. 173 do CTN para encontrar respaldo no § 4º do art. 150 do mesmo Código, hipótese em que o termo inicial para contagem do prazo de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador, *verbis*:

"Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

A partir da leitura do dispositivo legal acima transcrito, pode-se concluir que o Fisco não homologa o pagamento, diversamente do que possa parecer à primeira leitura, mas sim a atividade do contribuinte que deu azo à incidência do tributo, entendimento que compartilho com o do Conselheiro José Antonio Minatel:

"(...)

Refuto, também, o argumento daqueles que entendem que só pode haver homologação do pagamento e, por consequência, como o lançamento efetuado pelo Fisco decorre da insuficiência de recolhimentos, o procedimento fiscal não mais estaria no campo da homologação, deslocando-se para a modalidade de lançamento de ofício, sempre sujeito à regra geral de decadência do art. 173 do CTN.



Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

Nada mais falacioso. Em primeiro lugar, porque não é isto que está escrito no caput do art. 150 do CTN, cujo comando não pode ser sepultado na vala da conveniência interpretativa, porque, queiram ou não, o citado artigo define com todas as letras que 'o lançamento por homologação.....opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa'.

O que é passível de ser ou não homologada é a atividade exercida pelo sujeito passivo, em todos os seus contornos legais, dos quais sobressaem os efeitos tributários. Limitar a atividade de homologação exclusivamente à quantia paga significa reduzir a atividade da administração tributária a um nada, ou a um procedimento de obviedade absoluta, visto que toda quantia ingressada deveria ser homologada e, a contrário sensu, não homologado o que não está pago.

(...)" (- 1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Ac. nº 108-4393, Relator Conselheiro José Antonio Minatel)

Neste mesmo sentido vem decidindo a Egrégia Câmara Superior de Recursos

Fiscais:

"(...) o que se homologa não é o pagamento, mas a atividade exercida pelo sujeito passivo; e se for expressa essa homologação deverá recair sobre o procedimento total do administrado (...)

6. Conseqüentemente, data venia dos que concluem em contrário, a eventual ausência do recolhimento da prestação devida não altera a natureza do lançamento". (Ac. CSRF n.º 01-0.174/81, Relator Conselheiro Presidente Amador Outerelo Fernandez)

Trata-se de matéria já objeto de decisão por parte desta Câmara Superior, exaustivamente analisada no voto proferido pelo insigne Conselheiro Presidente, Dr. Urgel Pereira Lopes, conforme, Acórdão n.º CSRF/01-0.370, de 23.09.83, do qual pedimos venia para transcrever as conclusões:

a) nos impostos que comportam o lançamento por homologação, como, por exemplo, o IPI, o ICM e, neste caso, o imposto de renda na fonte, a exigibilidade do tributo independe de prévio lançamento;

b) o pagamento do tributo, por iniciativa do contribuinte, mas em obediência a comando legal, extingue o crédito, embora sob condição resolutoria de ulterior homologação;

c) transcorridos cinco anos a contar do fato gerador, o ato jurídico administrativo da homologação expressa não pode mais ser revisto pelo fisco, ficando o sujeito passivo inteiramente liberado;

d) de igual modo, transcorrido o quinquênio sem que o fisco se tenha manifestado, dá-se a homologação ficta, com definitiva liberação do sujeito passivo, na linha de pensamento de SOUTO MAIOR BORGES, que acolho por inteiro;

e) as conclusões de "c" e "d" acima aplicam-se (ressalvados os casos de dolo, fraude ou simulação) às seguintes situações jurídicas (I) o sujeito passivo paga integralmente o tributo devido; (II) o sujeito passivo paga tributo integralmente devido; (III) o sujeito passivo paga o tributo com insuficiência; (IV) o sujeito passivo paga o tributo maior do que o devido; (V) o sujeito passivo não paga o tributo devido.

f) em todas essas hipóteses o que se homologa é a atividade prévia do sujeito passivo. Em caso de o contribuinte não haver pago o tributo devido, dir-se-á que não há



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/5/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

atividade a homologar. Todavia, a construção de SOUTO MAIOR BORGES, compatibilizando, excelentemente, a coexistência de procedimento e ato jurídico administrativo no lançamento, à luz do ordenamento jurídico vigente, deixou clara a existência de uma ficção legal na homologação tácita, porque nela o legislador pôs na lei a idéia de que, se toma o que não é como se fosse, expediente de técnica jurídica da ficção legal. Se a homologação é ato de controle da atividade do contribuinte, quando se dá a homologação tácita, deve-se considerar que, também por ficção legal, deu-se por realizada a atividade tacitamente homologada.(Ac. CSRF n.º 01-01.036/90, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral)”.

Com efeito, se tributo é, do que não resta dúvida, a Cofins, quanto ao enfoque de que ora se trata e de outros, está subordinada aos ditames imperativos do Código Tributário Nacional, que é, inquestionavelmente, de fundo e de forma, lei complementar.

É óbvio que a Cofins enquadra-se na categoria sujeita ao Lançamento por Homologação, devendo, mensalmente, a importância devida ser calculada pelo próprio Contribuinte e por ele mesmo recolhida.

O art. 150 do CTN que, especificamente, cuida do Lançamento por Homologação, dispõe em seu § 4º que se a Lei não fixar prazo à Homologação, será ele de 05 anos, a contar da ocorrência do Fato Gerador que, como visto, se caracteriza no encerramento mensal, no que tange à Cofins. Expirado esse prazo sem que (como se constata neste caso) a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, do que nem se cogitou neste processo.

Quanto ao item sobre taxa Selic, contestada pela recorrente, adoto, pelos seus fundamentos, trechos do voto do eminente Conselheiro Serafim Fernandes Corrêa, relativo ao RV nº 120.540 (Acórdão nº 201-76.819):

“Sobre tal matéria, em outros julgados, assim manifestei-me:

Alega ter havido ofensa ao parágrafo 1º do artigo 161 do CTN (Lei nº 5.172/66) e parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal , a seguir transcritos:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 192 – (...)

§ 3.º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento ao mês).

Tais argumentos são improcedentes.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF. em 19/5/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Em relação à Constituição porque conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal o parágrafo 3º do art. 192 depende de regulamentação, o que até hoje não ocorreu.

Em relação ao CTN porque o dispositivo é muito claro. Se a lei não dispuser de modo diverso, a taxa de juros será de 1%. No presente caso, no entanto, a lei dispôs de forma diversa. Tanto a Lei nº 8.218/91, que institui a TRD, quanto a Lei nº 9.430/96 que mandou aplicar a Taxa SELIC dispuseram de forma diversa e estão de acordo com o CTN."

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento da referida contribuição, relativamente aos períodos de: 01/04/1992 a 30/04/1992 e 01/05/1992 a 30/09/1992, mantendo o lançamento quanto aos períodos restantes e considerando a legalidade quanto à aplicabilidade da taxa Selic.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de março de 2005.

Raimar da Silva Aguiar
RAIMAR DA SILVA AGUIAR



Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

VOTO DO CONSELHEIRO
GUSTAVO KELLY ALENCAR
(DESIGNADO QUANTO A DECADÊNCIA)

Ouso divergir do Ilustre Relator do recurso no que tange à decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento do crédito tributário, na hipótese de inexistir pagamento por parte da contribuinte.

O Código Tributário Nacional concede tratamento distinto para cada modalidade de lançamento. A regra geral é estabelecida no art. 173, enquanto os prazos para o lançamento por homologação, por exceção à regra, são classificados no art. 150. A distinção do Código no tratamento dessas modalidades deve-se ao maior ou menor conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária pela autoridade administrativa. Enquanto no lançamento por homologação a ocorrência do fato gerador é conhecida de imediato pela antecipação do pagamento do tributo pelo contribuinte, no de ofício, o fato só vem a ser conhecido após a iniciativa do Fisco.

Leandro Paulsen, em sua obra "Direito Tributário", ao comentar o art. 150, § 4º, do CTN, esgota o tema:

"Prazo para homologação e prazo decadencial. Identidade. Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nos parece claro e lógico que o prazo deste §4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que chancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará com o respectivo crédito. É neste prazo para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso de prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco lançar eventual diferença. A regra do §4º deste art. 150 é regra especial relativamente a do art. 173, I, deste mesmo código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos, inobstante entendimento em sentido contrário esposado pelo STJ, com a censura da doutrina, conforme se pode ver em nota ao art. 173, I, do CTN".

Assim, em se tratando de lançamento por parte da Fazenda, *ex officio* da contribuição para o PIS, é de se aplicar o disposto no Código Tributário Nacional, ou seja, havendo recolhimento do tributo, ainda que parcial, aplica-se o art. 150, § 4º – considera-se decaído o direito de lançar toda e qualquer parcela relativa aos fatos geradores pretéritos ao quinto ano anterior à lavratura do auto de infração; já para o caso de não recolhimento de qualquer parcela, aplica-se o disposto no art. 173, I – considera-se decaído o direito de lançar toda e qualquer parcela relativa a fatos geradores pretéritos ao primeiro dia do quinto ano anterior ao da lavratura do auto de infração.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF. em 19/5/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.032511/97-14
Recurso nº : 127.411
Acórdão nº : 202-16.232

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

In casu, inexistente pagamento por parte da contribuinte, razão pela qual aplica-se o disposto no art. 173, I, do CTN. Como o lançamento ocorreu em 11/12/1997, ao aplicarmos o prefalado art. 173, I, do CTN, vemos que restam decaídas as competências anteriores a 01/1992.

Como o lançamento abrange competências que se originam em 04/1992, vejo que nenhuma delas foi afastada pela decadência. Por tal, nego provimento ao recurso neste aspecto.

Sala das Sessões, em 16 de março de 2005.


GUSTAVO KELLY ALENCAR