

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Sessão de : 24 de janeiro de 1995 - Acórdão nº 105-9.006
Recurso nº : 80.282 - COFINS - Ex. 1992 e 1993
Recorrente : COLAFERRO S.A. - COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO
Recorrida : DRF em ARAÇATUBA - SP

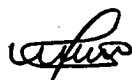
COFINS - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
- Improcede a alegação de nulidade de auto de infração ao entendimento de que o auditor-fiscal é incompetente para impor penalidade, se a peça se encontra lavrada em estrita observância ao disposto no art. 10, IV, do Decreto nº 70.235/72, indicando, por obrigatória, a penalidade aplicável.

- Deve ser rejeitada a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, ao argumento de que a autoridade singular não enfrentou a arguição de inconstitucionalidade, uma vez tendo a mesma declarado se entender incompetente para apreciá-la, em razão da matéria.

- Referências a documentos internos, contidas na decisão de primeira instância, que visam somente a confirmar os cálculos demonstrados no auto de infração, não necessariamente precisam ser dados ao conhecimento do sujeito passivo, eis que não representam fato novo e tampouco cerceiam o seu amplo direito de defesa.

- O auto de infração, lavrado com base na constatação de insuficiência de depósito judicial, não constitui impugnação ao referido depósito, mas salvaguarda dos direitos da União contra os efeitos da decadência.

- INCONSTITUCIONALIDADE - Meras alegações de inconstitucionalidade da exigência da contribuição social, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, não são suficientes para ilidir a cobrança da referida contribuição, mormente após a manifestação do Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade,



PROCESSO Nº 10820-000.138/93-27

ACORDÃO Nº 105-9.006

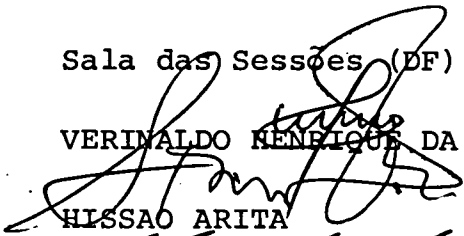
considerou constitucional a sua
incidência.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

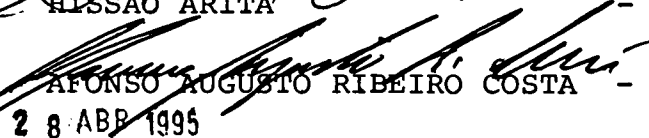
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos
de recurso interposto por COLAFERRO S.A. - COMÉRCIO E
IMPORTAÇÃO.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro
Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar
as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao
recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar
o presente julgado.

Sala das Sessões (DF), em 24 de janeiro de 1995


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA - PRESIDENTE

HISSAO ARITA - RELATOR

VISTO EM  AFONSO AUGUSTO RIBEIRO COSTA - PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL
SESSÃO DE 28 ABR 1995

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Con-
selheiros: LUIZ EDMUNDO CARDOSO BARBOSA, GILBERTO CONGRO BAS-
TOS, VILSON BIADOLA, JACKSON MEDEIROS DE FARIAS SCHNEIDER,
AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO e JOSÉ DO NASCIMENTO DIAS.

RECURSO Nº 80.282

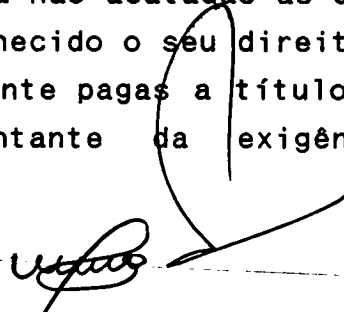
ACÓRDÃO Nº 105-9.006

RECORRENTE: COLAFERRO S.A. - COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO

R E L A T Ó R I O

A empresa acima identificada, já qualificada nos presentes autos, interpôs recurso a este Colegiado, contra decisão da autoridade de primeira instância (fls. 25/29), que manteve a exigência de recolhimento da contribuição social - COFINS - a que se refere o auto de infração de fls. 01, relativa aos meses de abril e dezembro de 1992, sendo o primeiro período por falta de recolhimento e o segundo por insuficiência de depósito judicial.

A autuada apresentou, tempestivamente, impugnação à exigência, alegando, em resumo, a) a nulidade do lançamento, por falta de motivação, tendo em conta que o autuante não esclareceu os motivos que o levaram à conclusão sobre a insuficiência do depósito judicial, relativamente ao mês de dezembro de 1992; b) nulidade do lançamento tendo em conta a impossibilidade em cobrar a contribuição social referente ao mês de abril de 1992, por ofender a Constituição Federal; c) se, porventura não acatadas as duas razões de defesa acima, que seja reconhecido o seu direito à compensação com as quantias indevidamente pagas a título de contribuição ao FINSOCIAL, no montante da exigência impugnada.



A decisão singular manteve a exigência, entendendo a) que foram observadas todas as formalidades legais na promoção da ação fiscal, b) a questão da constitucionalidade foge ao seu âmbito de competência, c) que o alegado princípio da anualidade não se aplica às contribuições sociais, d) que uma decisão judicial da qual não fez parte o sujeito passivo não o aproveita e, e) que uma vez comprovada a insuficiência do depósito judicial, inaplicável a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, a que se refere o art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

Nesta instância, a ora recorrente se apresenta com as suas razões de recurso (fls. 34/53), aduzindo, em síntese:

- a reiteração de todos os termos contidos na peça impugnatória, à qual faz remissão;

- nulidade da decisão de primeira instância, por falta de enfrentamento das teses levantadas na primeira peça de defesa quanto à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, resultando que a decisão recorrida, em tendo apreciado só parcialmente a impugnação, criou cerceamento ao seu amplo direito de defesa;

- adita o seu entendimento de que o agente fiscal não pode impor penalidade, mas simplesmente propor ou indicar a penalidade aplicável, sendo, dest'arte, nulo o auto por TS incompetência da autoridade lançadora;

- alega, ainda, que a alegada insuficiência do depósito não foi verificada, senão quando da decisão singular, que faz referência a uma imputação proporcional, da qual a ora recorrente não recebeu cópia, além de frisar que autoridade fiscal não é competente para impugnar os depósitos



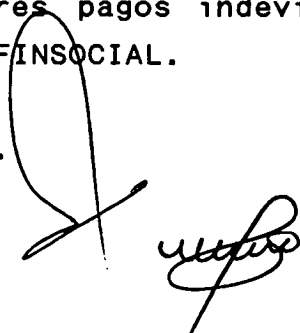
judiciais, eis que se trata de função privativa da Procuradoria da Fazenda Nacional;

- quanto ao mérito, repete a linha de argumentação sobre a insubmissão da Lei Complementar à Constituição Federal;

- na hipótese remota de não ser acolhida qualquer dos pontos acima, requer seja retificado o lançamento, excluindo-se a parcela depositada, cuja exigibilidade se encontra suspensa; e

- alternativamente, requer que este Colegiado determine a compensação dos valores pagos indevidamente a título de contribuição social ao FINSOCIAL.

É o relatório.



V O T O

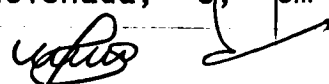
Conselheiro HISSAO ARITA, Relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Conforme relatado, a peça recursal levanta duas questões que devem ser examinadas como preliminares: nulidade do auto de infração e nulidade da decisão recorrida.

A nulidade do auto de infração é argüída em face da demonstrada impossibilidade de o agente fiscal impor multa, eis que as matérias de regência somente o autorizam a propor e/ou indicar a multa aplicável.

Equivoca-se aqui a ora recorrente, eis que, efetivamente, o auto de infração se encontra revestido de todas as formalidades legais previstas para a sua lavratura, contendo, inclusive, a indicação da "*penalidade aplicável*", que é obrigatória, por força do mandamento prescrito no art. 10, IV, do Decreto nº 70.235/72. Além disso, não há dúvida quanto à competência do auditor-fiscal em conduzir ação fiscal e, sendo o caso, lavrar o competente auto de infração. No que concerne à aplicação da penalidade, que entende o sujeito passivo não estar compreendido entre as suas competências, assim também o entendemos. A diferença é a equivocada "leitura" da recorrente, pois, por óbvio, o auditor-fiscal não impõe multa. Em observando a regra mandamental contida na norma acima mencionada, e, em



consequência da obrigatoriedade prescrita, *propõe a penalidade aplicável, indicando-a, com precisão,* precisamente com a finalidade de propiciar, à autuada, o mais amplo direito de defesa, inclusive no tocante à matéria penal. Rejeito, assim, esta preliminar do auto de infração, mantendo a decisão recorrida neste particular, que entendeu, segundo ementado, que *"Não pode ser inquinado de nulo o lançamento efetuado em acordo com as disposições legais de regência."*

Quanto à segunda preliminar, a de nulidade da decisão recorrida, por falta de enfrentamento da questão da constitucionalidade, argüida na primeira peça de defesa, tenho que igualmente deva ser rejeitada, pois está objetivamente claro que a autoridade de primeira instância conheceu de toda a impugnação, tendo-se julgado, no particular, incompetente para o deslinde, em função da matéria. Aliás, nada mais explícito do que a decisão recorrida, cuja ementa, a seguir transcrita, não deixa margem a dúvidas: *"A questão relativa à constitucionalidade de leis, inobstante o direito de invocação na instância administrativa, constitui-se em assunto, cuja discussão, por razões institucionais, situa-se na esfera de competência do Poder Judiciário."* Em assim se pronunciando, é bom se registre, a autoridade singular optou por acompanhar jurisprudência e doutrina relevantes, alinhando-se, ainda, à interpretação francamente predominante no âmbito administrativo. Logo, querer que uma autoridade julgadora, que se julga incompetente para deslindar uma questão, em razão da matéria levantada, a enfrente, é querer ofuscar um elementar e lógico raciocínio, num primário exercício de sofisma, de todo incoerente e inaceitável. Esta preliminar, face ao exposto, também deve ser rejeitada.

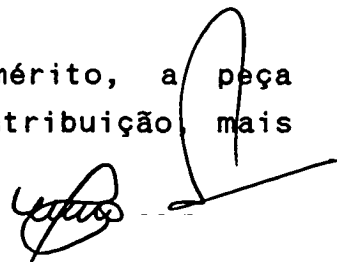
Igual sorte deve colher a questão relativa à nulidade da decisão, ao argumento de que esta faz referência



a uma imputação proporcional, só conhecida pela ora recorrente quando da decisão, que por sua vez se refere a documentos que não lhe foram entregues. Na realidade, os documentos de fls. 23 e 24, referidos na decisão recorrida, nada mais são do que a confirmação, pela Seção de Arrecadação, da exatidão dos cálculos contidos no "Demonstrativo de Apuração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social sobre o Faturamento", constante às fls. 02 e integrante do auto de infração sob exame, onde se encontra demonstrada a insuficiência apurada, tanto em cruzeiros como em UFIR. Em resumo, trata-se de documento interno que embasa, estritamente no que concerne ao suporte fático, o auto de infração, para propiciar, tão somente, maior segurança à autoridade julgadora singular. Não vejo configurada, assim, a nulidade alegada pela ora recorrente, mesmo porque não alterou o auto original quanto aos valores constantes no documento de fls. 02, já referido.

Quanto à alegação adicional de incompetência da autoridade administrativa em impugnar depósitos judiciais, que constitui matéria não pré-questionada, mas que conheço em homenagem ao princípio da informalidade dos procedimentos administrativos em geral, é inteiramente procedente, por se tratar de matéria afeta à Procuradoria da Fazenda Nacional. O que ocorre é que a autoridade administrativa, em nenhum momento, impugnou o depósito, tendo-se limitado a apurar a sua insuficiência e, em decorrência, a lavrar o cabível auto para constituir o crédito tributário com o deliberado propósito de prevenir os direitos da União contra os efeitos de eventual transcurso do prazo decadencial. Não vejo, também neste particular, nulidade da decisão recorrida ou, melhor situando a questão, do próprio auto de infração.

No que pertine à questão de mérito, a peça recursal reprisa os argumentos contra a contribuição, mais



precisamente, quanto à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91.

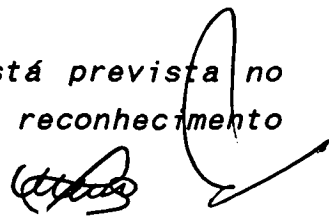
A bem da verdade, esta matéria, desde o seu início, comportou controvérsias no Poder Judiciário, mas encontra-se hoje pacificada, com diversos julgados uniformes, tanto nas sentenças prolatadas pelos Juízes Federais de 1ª Instância como também pela manifestação pelo Supremo Tribunal Federal.

Por sua absoluta pertinência, e apenas a título ilustrativo, destaco a sentença proferida no processo nº 92.0085040-5, pelo Meritíssimo Juiz Federal, Doutor Antonio Vital Ramos de Vasconcelos, da 14ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, que julgou a matéria com clareza meridiana, espancando, de vez, as eventuais dúvidas quanto à inconstitucionalidade, com a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. O NOVO FINSOCIAL. NATUREZA JURÍDICA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, E NÃO DE IMPOSTO. PRINCÍPIO DA RECEPÇÃO. ADCT, ARTIGO 56. LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91; CONSTITUCIONALIDADE. ASPECTOS DA IDENTIDADE DE BASE DE CÁLCULO E EFEITO CUMULATIVO. IRRELEVÂNCIA DE ARRECADAÇÃO PROCEDIDA PELA RECEITA FEDERAL. MANTENÇA DO FINANCIAMENTO DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A legislação reguladora do novo FINSOCIAL (Lei Complementar nº 70, de 30.12.1991) é constitucional, por não ofender à norma inserta no inciso I do artigo 154 da Carta da República, nem conflitar, em nenhum aspecto, com a nova ordem constitucional.

2. A sobrevivência do FINSOCIAL está prevista no artigo 56 do ADCT, com reconhecimento



constitucional, às expressas, de sua natureza jurídica como contribuição social, tornando prejudicadas as demais questões suscitadas com base na premissa de classificação como imposto.

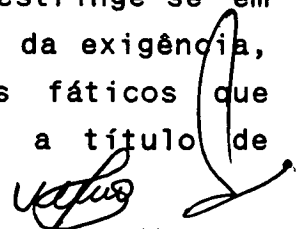
3. Esta contribuição social pode ter a mesma base de cálculo de contribuição já existente, visto que a proibição prevista no inciso I do artigo 154 da Constituição Federal aplica-se exclusivamente a impostos e outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

4. A arrecadação pela Receita Federal constitui mera distribuição de funções administrativas, sem nenhuma afetação à regra de competência (Código Tributário Nacional, artigo 199), porquanto expressamente ressalvada a destinação da receita, em orçamento próprio, mantendo-se a forma de financiamento direto da Seguridade Social.

Sentença de mérito pela improcedência do pedido, com extinção do processo pelo julgamento de mérito."

Ressalte-se ainda que, sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, na Sessão Plenária do dia 01.12.93, aprovou, por unanimidade, o voto do Ministro-relator Moreira Alves, decidindo pela constitucionalidade da exigência da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (v. Nota de Julgamento publicado no DJU, de 06.12.93).

No caso dos autos, a recorrente restringe-se em meras alegações sobre a inconstitucionalidade da exigência, sem produzir quaisquer provas ou elementos fáticos que possam invalidar a constituição do crédito a título de



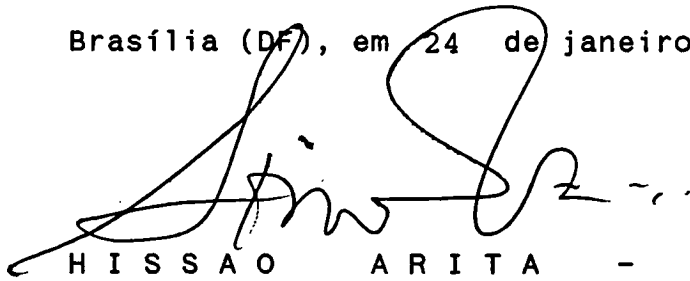
contribuição social. Assim, tenho por certo o valor apurado na ação fiscal, eis que esta matéria não integrou o presente litígio.

Concluo, assim, que tanto o auto de infração como a decisão recorrida não merecem qualquer reparo, pois estão consoantes com a legislação de regência e com a decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, instituidora da incidência e da cobrança da contribuição social em pauta.

Finalmente, por se tratar de matéria que foge à competência deste Colegiado, deixo de apreciar tanto o pedido de abatimento da quantia depositada em Juízo, em relação ao mês de dezembro de 1992, quanto o pedido de determinação de compensação dos valores que entende indevidamente pagos a título de contribuição social ao FINSOCIAL.

Face ao todo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto.

Brasília (DF), em 24 de janeiro de 1995



HISSAO ARITA - RELATOR

