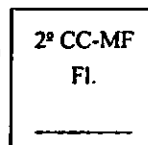
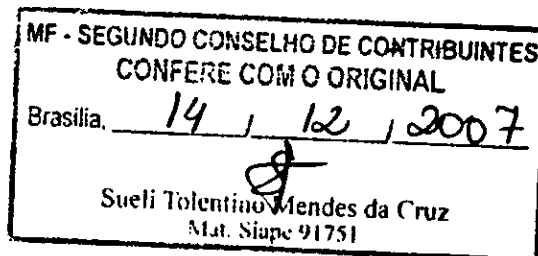


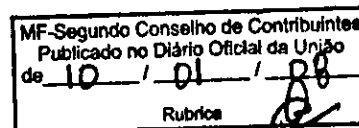


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.001016/2001-91
Recurso nº : 128.377
Acórdão nº : 202-17.179



Recorrente : GOUVEIA & SCANDIUZZI LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1993, 1994, 1997, 1998

Ementa: DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O prazo para a fazenda pública constituir o crédito tributário relativo às contribuições sociais é regulado pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, na hipótese de não restar aperfeiçoado o lançamento por homologação.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. JUROS DE MORA.

Se existe depósito do montante integral do crédito tributário, é incabível a exigência de juros de mora em lançamento para prevenir a decadência.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por GOUVEIA & SCANDIUZZI LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso quanto à decadência. Vencidos os Conselheiros Raimar da Silva Aguiar, Simone Dias Musa (Suplente) e Maria Teresa Martínez López; e II) por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para excluir os juros de mora.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


Antonio Carlos Atulim
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes (Suplente), Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer.
Ausente, ocasionalmente, o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.001016/2001-91
Recurso nº : 128.377
Acórdão nº : 202-17.179

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 12 / 2007
Sueli Tolentino Mendes da Cruz
Mat. SIAPE 91751

2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : GOUVEIA & SCANDIUZZI LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em 24/04/2001 para prevenir a decadência, no qual se constituiu o crédito tributário de R\$ 200.037,30, relativo à Cofins, multa de ofício e juros de mora, referente aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 1993 e dezembro de 1998, em razão da falta de declaração e de recolhimento da contribuição.

Segundo a descrição dos fatos de fls. 05/06, a fiscalização apurou que o contribuinte interpôs ações judiciais cujos objetos eram o reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência da contribuição sobre as atividades das sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada, nos termos do Decreto-Lei nº 2.397/87.

Foi detectado que, nos anos de 1988 a 1992, o contribuinte se manteve na condição de isento em razão da entrega da DIRPJ no formulário IV. Nos anos de 1993 e 1994, o contribuinte optou pelo lucro presumido, tendo apresentado as DIRPJ no formulário III, sujeitando-se ao pagamento da contribuição. Nos anos calendário de 1995 em diante e até abril de 1997, voltou à condição de isento. A partir de abril de 1997, voltou a sujeitar-se à incidência da contribuição por força da Lei nº 9.430/96.

Nas Ações Judiciais nºs 95.0304986-5 (ordinária); 95.0301039-0 (cautelar) e 97.0312888-2 (cautelar) o contribuinte contestou a exigência da Cofins em relação às suas atividades, tendo sido constatado que no período abarcado pelo lançamento não houve declaração em DCTF, mas houve depósitos judiciais no montante integral do crédito tributário.

A 4ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP manteve em parte o lançamento por meio do Acórdão nº 5.092, de 20/08/2004. Foi excluída a multa de ofício em razão de o crédito tributário estar com a exigibilidade suspensa.

Regularmente notificada daquela decisão em 04/10/2004, o contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 369 a 379, em 03/11/2004, instruído com os documentos de fls. 118/170. Informou que o arrolamento de bens é inexigível para o caso concreto, em face de o crédito tributário estar com a exigibilidade suspensa. Alegou a decadência de parte dos períodos de apuração abarcados pelo lançamento e insurgiu-se contra a manutenção dos juros de mora.

É o relatório.

J



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.001016/2001-91
Recurso nº : 128.377
Acórdão nº : 202-17.179

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 14 / 12 / 2007

Sueli Tolentino Mendes da Cruz
Mat. Sijpc 91751

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO CARLOS ATULIM

Tendo em vista que no caso concreto tanto o auto de infração quanto a decisão de primeira instância decretaram que a exigibilidade do crédito tributário está suspensa em razão de os depósitos judiciais serem integrais, é inexigível o arrolamento de bens ou o depósito de 30% do valor mantido em primeira instância, porque os depósitos judiciais representam a garantia de 100% do crédito tributário em discussão.

Considerando que o recurso preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Trata-se de analisar as questões da decadência do direito de constituir o crédito tributário e do cabimento dos juros de mora em lançamento para prevenção da decadência.

Relativamente à decadência, a controvérsia cinge-se em saber se o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais, sujeitas à sistemática do chamado "lançamento por homologação", deve ser contado por uma das regras previstas no CTN ou pela regra prevista no art. 45 da Lei nº 8.212/91. Eis a transcrição dos dispositivos legais que regem a espécie:

O art. 150, § 4º, do CTN estabelece o seguinte:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação." (grifei)

O art. 173 do CTN assim estabelece:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.001016/2001-91
Recurso nº : 128.377
Acórdão nº : 202-17.179

| |
|--|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 14 / 12 / 2007 Sueli Tolentino Mendes da Cruz Mat. Suple 91751 |
|--|

| |
|--------------------------|
| 2ª CC-MF Fl. _____ |
|--------------------------|

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

E, por fim, o art. 45 da Lei nº 8.212/91 assim estabelece:

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

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

(...)"

Como se pode observar, o art. 45 da Lei nº 8.212/91 fixou prazo de decadência para a Seguridade Social "**apurar e constituir seus créditos**" e não um novo prazo para homologação do lançamento diverso daquele referido no art. 150, § 4º, do CTN.

Portanto, nas hipóteses em que o contribuinte introduz no sistema norma individual e concreta consistente no autolancamento e sobrevém o fato jurídico da homologação tácita, não há como invocar o art. 45 da Lei nº 8.212/91 para lançar de ofício eventuais diferenças, pois o legislador escreveu no art. 156, VII, do CTN que *Extinguem o crédito tributário: (...) VII o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º.*

Reforça esta interpretação o fato de o art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96 estabelecer que *(...) O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.(...)*. O legislador, ao fixar prazo único de cinco anos para a homologação tácita das compensações declaradas à Receita Federal, sem distinguir entre impostos e contribuições sociais, referendou a interpretação acima, pois o Fisco não poderá invocar o prazo do art. 45 da Lei nº 8.212/91, se após cinco anos contados da data da apresentação da declaração de compensação detectar que houve compensação indevida de contribuições sociais.

Por outro lado, na hipótese de não restar configurado o lançamento por homologação, o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência o fato impositivo, não terá relevância jurídica para gerar a homologação tácita e a conseqüente extinção do crédito tributário ditada pelo art. 156, VII, do CTN.

Nesta hipótese, surge o problema de determinar se o prazo de decadência para lançar as contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social deve ser contado pelo art. 173, I, do CTN ou pelo art. 45, I, da Lei nº 8.212/91.

A escolha entre um e outro dispositivo significa confrontar uma lei ordinária e uma lei complementar em sentido material, atividade que encerra um juízo de inconstitucionalidade, tendo em vista que não existe lei ilegal.

De fato, o que existe é lei inconstitucional. Quando ocorre o choque entre lei ordinária e lei complementar o que se tem é uma hipótese de inconstitucionalidade e não de ilegalidade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.001016/2001-91
Recurso nº : 128.377
Acórdão nº : 202-17.179

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 12 / 2007
Sueli Tolentino Mendes da Cruz
Mat. Siapc 91751

2º CC-MF
Fl. _____

No direito pátrio a lei complementar foi concebida pelo constituinte para integrar certas normas constitucionais caracterizadas pela doutrina norte-americana como *not-self executing*, ou como normas de eficácia contida e limitada, caso se prefira adotar a classificação proposta pelo Professor José Afonso da Silva. Assim, a lei complementar no direito brasileiro tem natureza ontológico-formal, pois a par de o constituinte ter estabelecido *a priori* as matérias sobre as quais deveria dispor; a lei complementar passou a constar do processo legislativo da União, estabelecendo-se uma maioria qualificada para sua votação e aprovação no parlamento (art. 69 da CF/88). Pode-se dizer seguramente, como fez Paulo de Barros Carvalho, que a própria constituição concebeu uma hierarquia formal e uma hierarquia material entre a lei complementar e a lei ordinária, sendo que, no caso de choque entre ambas, a solução deve se dar no âmbito do controle de constitucionalidade e não no âmbito dos critérios da Teoria Geral do Direito para dirimir antinomias. É o que alguns constitucionalistas chamam de inconstitucionalidade de segundo grau.

Esta questão já foi enfrentada pelo STJ conforme se observa na seguinte ementa:

"DIREITO PROCESSUAL EM MATÉRIA FISCAL – CTN – CONTRARIEDADE POR LEI ORDINÁRIA - INCONSTITUCIONALIDADE.

Constitucional. Lei Tributária que teria, alegadamente, contrariado o Código Tributário Nacional. A lei ordinária que eventualmente contrarie norma própria de lei complementar é inconstitucional, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 101.084-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ no 112, p. 393/398), vício que só pode ser reconhecido por aquela Colenda Corte, no âmbito do recurso extraordinário. Agravo regimental improvido" (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ - Agravo Regimental 165.452-SC - Relator Ministro Ari Pargendler - D.J.U. de 09.02.98)"

Desse modo, por envolver um juízo de inconstitucionalidade, os órgãos administrativos de julgamento não podem afastar a incidência do art. 45 da Lei nº 8.212/91 por suposta incompatibilidade com o CTN, enquanto não atuar o mecanismo de controle da constitucionalidade previsto no art. 102, III, "b" ou no art. 103 da CF/88.

Em suma: em se tratando de contribuições da Seguridade Social, se ocorrer o lançamento por homologação e sobrevier o fato jurídico da homologação tácita, o crédito tributário estará extinto por força do art. 156, VII, do CTN. Ao contrário, se não existir autolancamento a ser homologado, não haverá extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, VII, do CTN e, neste caso, incidirá a regra do art. 45 da Lei nº 8.212/91 até que sua inconstitucionalidade venha a ser declarada pelo STF.

No caso concreto, conforme narrou a fiscalização na decição dos fatos, não houve nem pagamento e nem declaração dos valores ora lançados nas DCTF. Isto significa que não houve o aperfeiçoamento do lançamento por homologação, fato que desloca a contagem do prazo de decadência para a regra do art. 45 da Lei nº 8.212/92.

Considerando que o período de apuração mais antigo abarcado pelo lançamento remonta a janeiro de 1993 e que o auto de infração foi notificado ao contribuinte em 24/04/2001, claro está que não ocorreu a decadência pela regra do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Os juros de mora devem ser excluídos do presente lançamento, pois existindo o depósito judicial do montante integral do crédito tributário, não há que se falar em mora do contribuinte.

J



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes


2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10840.001016/2001-91
Recurso nº : 128.377
Acórdão nº : 202-17.179

Em face do exposto, voto no sentido dar provimento parcial ao recurso apenas para excluir os juros de mora.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


ANTONIO CARLOS ATULIM

| |
|---|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 14, 12, 2007  Sueli Tolentino Mendes da Cruz Mat. Siape 91751 |
|---|