

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

LADS/

PROCESSO Nº :10840-004.436/92-02

RECURSO Nº :86.390

MATÉRIA :COFINS - EX: DE 1992

RECORRENTE :RIBERQUÍMICA-PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

RECORRIDA :DRF em Ribeirão Preto - SP.

SESSÃO DE :17 de outubro de 1996

ACORDÃO Nº :101-90.308

**COFINS - CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - O**
ajuizamento de Processo Cautelar importa renúncia ou
desistência de recurso na via administrativa visando o mesmo
fim.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
por RIBERQUÍMICA - PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares arguida e no mérito
não conhecer do recurso quanto às alegações de não indexação do crédito a UFIR,
matérias discutidas no Judiciário, quanto as demais matérias voto por negar
provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 NOV 1996

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISO DE ASSIS MIRANDA, RAUL PIMENTEL, SANDRA MARIA FARONI, KAZUKI SHIOBARA, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

RECURSO NR. 86.390
RECORRENTE : RIBERQUÍMICA-PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

RELATÓRIO

RIBERQUÍMICA - PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., recorre a este Conselho da decisão do Sr. Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto - SP, que julgou procedente a exigência fiscal formalizada no Auto de Infração de fls. 01-04.

O lançamento fiscal é decorrente de fiscalização a que foi submetida a contribuinte, na qual foi constatada a falta de recolhimento da COFINS relativamente aos fatos geradores de abril de 1992 a agosto de 1992.

A base legal do lançamento está na Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Irresignada, a contribuinte impugnou o lançamento à fls. 22-26, argumentando, em preliminar de mérito:

a) o auto de infração é inválido em razão de não ter consignado os dispositivos da Lei Complementar nº 70/91 que teriam sido infringidos;

b) há disparidade entre o auto de infração e o Termo de Encerramento, no tocante aos meses lançados;

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

Na discussão do mérito, alegou que:

a) a exação, como imposto da competência residual da União, não atende ao disposto no art. 154, I, da Carta Magna, pois é cumulativa e incide sobre base de cálculo própria de outros impostos, especialmente, o ICMS, o PIS e o ISS;

b) o art. 10 da Lei Complementar nº 70/91, combinado com o artigo 33 da Lei nº 8.212/91, deu à Receita federal a titularidade ativa para cobrança da contribuição, afrontando o artigo 119 do CTN, tendo em conta que o gestor do arçamento da seguridade social seria o Instituto Nacional da Seguridade Social, conforme dispõem os artigos 165, parágrafo 5º, III, 194, parágrafo único, VIII e 195, parágrafo 2º, todos da Constituição Federal de 1988;

c) o Diário Oficial da União de 31/12/91, que estampou a Lei Complementar nº 70/91, só teve regular circulação em 02/01/92, restando, daí, exigível a exação somente a partir do ano de 1993;

d) a multa de 100% é indevida, impondo-se a sua redução ao patamar de 20%, em observância aos artigos 59 e 60 da Lei 8.383/91;

e) não prospera a exigência de juros, pois o crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa por força da adoção das medidas recursais a que se refere o art. 151 do CTN;

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

f) se exigíveis os juros, deverá ser observado o limite máximo de 12% ao ano, como previsto no art. 192 da CF.

g) o Diário Oficial da União de 31/12/88, que estampou a Lei 8.383, instituidora da Ufir, circulou somente em 02/01/92. Como consequência, o citado indexador só pode alcançar os fatos geradores de janeiro de 1993 em diante.

A decisão de fls. 33-36 manteve o lançamento fiscal. A decisão tem, em síntese, os seguintes fundamentos:

a) não procede a preliminar de nulidade por não constar no auto de infração os dispositivos legais infringidos, porquanto, além de estar expressamente citada a Lei Complementar nº 70/91, a infração está bem descrita, o que permite o amplo direito de defesa da autuada;

b) quanto às alegações relativas ao termo de encerramento, prevalecem os períodos de apuração relacionados no demonstrativo de fls. 02;

c) no mérito, não cabe à autoridade administrativa se pronunciar sobre questões de constitucionalidade de leis, tarefa privativa do Poder Judiciário;

d) a arrecadação da contribuição aos cofres da União decorre de expressa disposição da Lei Complementar nº 70/91;

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

e) não procedem as alegações de que a Lei Complementar nº 70/91 e a Lei nº 8.383/91 só tiveram publicação efetiva em janeiro de 1992, restando aplicáveis, consequentemente, somente em 1993;

f) a multa lançada pelo percentual de 100% tem previsão legal no art. 4º, I, da Lei 8.218/91, combinado com o art. 54, parágrafo 2º, e 58, parágrafo único, da Lei 8.383/91. Incabível a pretensão de ver a multa lançada pelo percentual de 20%, hipótese só admissível nos recolhimentos espontâneos;

g) é pacífico o entendimento jurisprudencial de que os juros decorrem de lei e são devidos mesmo no período de suspensão da exigibilidade do crédito tributário;

h) a impugnação suspende a exigibilidade do crédito tributário (Art. 151 do CTN) mas não interfere nas regras que presidem o lançamento.

Cientificada da decisão em 22/12/93, conforme AR de fls. 39, a contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 41-55. Preliminarmente, alegou que:

a) carece de razão o julgador "a quo" ao se declarar incompetente para apreciar as alegações de inconstitucionalidade contidas na peça impugnatória;

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

b) o auto de infração é nulo por falta de adequada fundamentação legal, pois não consignou os dispositivos da Lei 70/91 que teriam sido infringidos;

No mérito, repetiu os argumentos alinhados na impugnação e acrescentou que:

a) os efeitos de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade, restringem-se aos pontos expressa e explicitamente apreciados;

b) se for devida a contribuição, de sua base de cálculo deve ser excluído o valor do ICMS.

Infere-se da petição de fls. 6-10, que a contribuinte, antecipando-se ao lançamento fiscal, ingressou na 2ª Vara da Justiça Federal em Ribeirão Preto com Medida Cautelar Preparatória nº 92.0305203-8, através da qual requereu liminar para depositar a COFINS, argumentou que a mesma é inconstitucional e aduziu, ainda, que:

a) o Diário Oficial da União de 31/12/91, que estampou a Lei Complementar nº 70/91, só teve regular circulação em 02/01/92, restando, daí, exigível a exação somente a partir do ano de 1993;

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

b) o Diário Oficial da União de 31/12/88, que estampou a Lei 8.383, instituidora da UFIR, circulou somente em 02/01/92. Como consequência, o citado indexador só pode alcançar os fatos geradores de janeiro de 1993 em diante.

Através do despacho de fls. 10/11, a liminar foi deferida.

A contribuinte, informou, às fls. 23 e 29, que levantou os depósitos realizados em garantia da medida liminar.

É o relatório.

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

VOTO

Conselheiro, EDISON PEREIRA RODRIGUES - RELATOR

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos da lei. Dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, cumpre dizer que não procede a alegação de nulidade da decisão de 1ª instância por ter deixado de apreciar os argumentos da impugnação.

Verifica-se da simples leitura da decisão recorrida que todos os argumentos da contribuinte foram examinados, com exceção daqueles que atacavam a contribuição com argumentos de inconstitucionalidade.

Agiu corretamente o julgador de 1ª instância ao deixar de examinar os argumentos de ordem constitucional, pois, no sistema jurídico pátrio, a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é privativa do Poder Judiciário. Às autoridades administrativas, integrantes que são do Poder Executivo, cabe aplicar as leis vigentes.

Não procede, também, a alegação de nulidade do auto de infração por falta de indicação dos artigos da Lei nº 70/91 que foram infringidos.

As hipóteses de nulidade do processo administrativo, previstas nos incisos I e II, do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, restringem-se aos "atos e termos

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

lavrados por pessoa incompetente” e “aos despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa”.

A indicação, no auto de infração, somente da Lei nº 70/91, isto é, com omissão dos artigos infringidos, poderia ser causa de nulidade se tal fato prejudicasse o exercício do amplo direito de defesa da autuada.

A contribuinte não alegou prejuízo, pelo contrário, se limitou a apontar a irregularidade e a dizer que a mesma constituía motivo de nulidade do processo.

Não comprovada a ocorrência de qualquer prejuízo à defesa, rejeito a preliminar.

Superadas as preliminares argüidas, passo a examinar os argumentos de mérito.

Extraí-se do relatório que a contribuinte, antecipando-se ao lançamento fiscal, ingressou em juízo com Ação Cautelar Preparatória (processada com medida liminar - fls. 58/59) e com Ação Declaratória, através das quais contestou a exigência da contribuição instituída pela Lei Complementar nº 70/91.

No que concerne a discussão do crédito tributário, rege a Lei nº 6.830/80, *verbis*:

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito,

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto".
(sublinhei)

O confronto das teses alinhadas na medida cautelar com aquelas constantes do recurso voluntário, mostra que em ambas as petições a contribuinte contestou: a) a constitucionalidade da COFINS; b) a indexação do crédito fiscal à UFIR a partir de 01/01/92, em razão da lei nº 8.383/91 só ter circulado em 01/01/92; c) a exigência da COFINS em 1992, motivada pela circulação da Lei nº 70/91 somente em 01/01/92.

Por força do artigo 38 da Lei nº 6.830/80, estes argumentos não serão apreciados nesta via de julgamento.

Passo a examinar os demais argumentos da peça recursal.

Alega a contribuinte que a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade faz coisa julgada somente em relação aos pontos expressa e explicitamente apreciados.

À toda evidência, a tese está voltada contra o alcance da decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 1-1, na qual declarou a constitucionalidade da exação instituída pela Lei Complementar nº 70/91.

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

Importa destacar, por oportuno, dispositivo da Constituição Federal versando sobre o alcance das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade, **verbis**:

Art. 102 - ...

I - ...

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (redação da EC nº 3, de 17/03/93)

Diante do exposto e tendo em conta, ainda, o princípio de que a autoridade administrativa não tem competência para apreciar a constitucionalidade das leis, tarefa privativa do Poder Judiciário, não acolho o argumento da contribuinte.

Com apoio em acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3º Região, debate-se a recorrente contra a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

A Lei Complementar nº 70/91 não prevê a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Por sua vez, o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, ao tratar da base de cálculo do ICMS, expressamente dispôs:

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

“Art. 2º - ...

§ 7º - O montante do imposto de circulação de mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

Como se observa, não há base legal que faculte a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Há que se ressaltar ainda, em reforço ao que foi exposto, que a pretensão da contribuinte, se admitida, levaria à exclusão de parcela do crédito tributário, hipótese que exige expressa previsão legal (art. 111 do CTN).

Não merece guarida, também, a tese de que a multa lançada pelo percentual de 100% deve ser reduzida para 20%, em observância ao artigo 59 da Lei 8.3893/91, combinado com o artigo 106 do Código Tributário Nacional.

A multa lançada decorre de lançamento “*ex-officio*”, tem previsão legal no artigo 4º, I, da Lei nº 8.218/91. A multa pretendida de 20%, pelo contrário, é exigível nas hipóteses de recolhimentos espontâneos; é multa de mora, como, aliás, bem esclarece o próprio artigo 59 da Lei nº 8.383/91.

A tese derradeira está voltada contra os juros. Alega a recorrente que não há fluência de juros enquanto a exigibilidade da crédito tributário se mantiver suspensa.

PROCESSO NR. 10840-004.436/92-02
ACÓRDÃO NR. 101-90.308

Dispõe o Código Tributário Nacional em seu artigo 161 que "***o crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta...***"

No caso em exame, a contribuinte, através das medidas recursais que adotou, logrou suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, do CTN). Isso, entretanto, não significa que os encargos da mora foram definitivamente afastados. Pelo contrário, ficaram dependentes de uma decisão final. Vale dizer, se o recurso que obistou a exigibilidade do crédito for provido, os encargos estarão definitivamente sepultados. Entretanto, se o contrário acontecer, os encargos passam a ser contados na forma da lei, desde a data em que a obrigação deveria ter sido satisfeita.

Por estas razões, voto no sentido de que se rejeite as preliminares argüidas. No mérito, voto no sentido de que não se conheça do recurso quanto às alegações contra a COFINS e contra a indexação do crédito tributário à UFIR, matérias discutidas no judiciário; quanto às demais teses do recurso, voto no sentido de que se negue provimento.

Brasília (DF), em 17 de outubro de 1996


EDISON PEREIRA RODRIGUES - RELATOR