

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25 / 11 / 2008
Sélio Siqueira Barbosa
Mat.: Sape 91745

CC02/C01
Fls. 399



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10940.000159/2003-19
Recurso nº 137.258 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.185
Sessão de 05 de junho de 2008
Recorrente ANTONIO MORO & CIA. LTDA.
Recorrida DRJ em Curitiba - PR

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/10/1996 a 30/11/1996, 01/05/1997 a 31/05/1997

**COFINS. DECADÊNCIA. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR.
CTN, ART. 150, § 4º. PREVALÊNCIA. LEI Nº 8.212/91.
INAPLICABILIDADE.**

As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a Seguridade Social (CF, art. 195), têm natureza tributária e estão submetidas ao princípio da reserva de lei complementar (art. 146, III, b, da CF/88), cuja competência abrange as matérias de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos, em razão do que o Egrégio STJ expressamente reconheceu que padece de inconstitucionalidade formal o art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais, em desacordo com o disposto na lei complementar.

**DECADÊNCIA. CTN, ARTS. 150, § 4º, E 173. APLICAÇÃO
EXCLUDENTE.**

As normas dos arts. 150, § 4º, e 173, do CTN, não são de aplicação cumulativa ou concorrente, mas antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º, aplica-se exclusivamente aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa; o art. 173, ao revés, aplica-se a tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

Recurso voluntário negado.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 25 / 11 / 2008	
Sílvia Siqueira Barbosa Mat.: Sispel 91745	

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES: I) pelo voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de decadência. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça (Relator), Fabíola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Alexandre Gomes e Ivan Allegretti (Suplente); e II) no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Josefa Maria M. Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

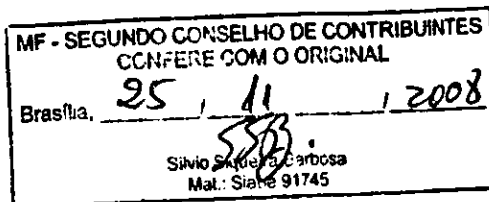
Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva e Maurício Taveira e Silva.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 379/388, vol. II) contra o v. Acórdão DRJ/CTA nº 06-12.544, de 18/10/2006, da 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR (fls. 362/370, vol. I), que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente o lançamento original consubstanciado no auto de infração de Cofins (MPF nº 0910400/00241/01 - fls. 324/342, vol. I), notificado em 28/01/2003 (fl. 328), através do qual a ora recorrente foi acusada de falta de recolhimento da Cofins no valor total de R\$ 265.105,79 (Cofins: R\$ 105.959,08; juros de mora: R\$ 79.677,48; e multa de 75%: R\$ 79.469,23), apurado nos períodos de 31/10/96 a 15/08/2002 "em razão de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago".

Em razão dos fatos assim noticiados a d. Fiscalização considera infringidos os arts. 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 16, da Lei nº 9.311/96; e 1º da Lei nº 9.539/97, c/c o art. 1º da EC nº 21/99, e exigíveis, além da contribuição, a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e os juros calculados à taxa Selic nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Por seu turno, reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 362/370 (vol. I) houve por bem julgar procedente o lançamento original consubstanciado no auto de infração de Cofins, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/1996 a 30/11/1996, 01/05/1997 a 31/05/1997

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito relativo à Cofins decai em dez anos.

CONTESTAÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE RAZÕES DE FATO E DE DIREITO.

A simples alegação de incorreção, desacompanhada de razões de fato e de direito em que se fundamenta, não é hábil para modificar o lançamento regularmente efetuado.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. PERCENTUAIS LEGAIS. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de ofensa a princípios constitucionais.

Lançamento Procedente".

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 379/388, vol. II) oportunamente apresentadas, a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância

Processo n° 10940.000159/2003-19
Acórdão n.º 201-81.185

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES		
CONFETE COM O ORIGINAL		
Brasília,	25	11
	12008	
Sélio Siqueira Barbosa		
Matr. São 91745		

CC02/C01
Fls. 402

que a manteve, tendo em vista: a) a decadência do direito de constituir o crédito tributário nos termos do art. 150, § 4º, do CTN; b) a inexigibilidade da multa que reputa confiscatória; c) a ilegitimidade da incidência da taxa Selic; e d) a compensação mediante créditos em DCTF.

Distribuído o presente recurso originalmente à íncrita Conselheira Josefa Maria Coelho Marques, através dos rr. despachos de fls. 397/398, o recurso foi a mim distribuído para relatório, que dou por encerrado.

É o Relatório.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	25 / 11 / 2008
Sávio Soares Barbosa	
Mat.: Slape 91745	

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O recurso voluntário reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece parcial provimento.

Já de início anoto ser assente na jurisprudência deste Conselho que *"a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo"*, salvo se a respeito dela já houver pronunciamento do STF, cuja orientação tem efeito vinculante e eficácia subordinante, eis que a desobediência à autoridade decisória dos julgados proferidos pelo STF importa na invalidação do ato que a houver praticado (cf. Acórdão do STF-Pleno na Reclamação nº 1.770-RN, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 187/468; cf. Acórdão do STF-Pleno na Reclamação nº 952, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 183/486). Exatamente este o caso dos autos.

De fato, solidamente apoiado no princípio constitucional da reserva da lei complementar, o Egrégio STJ recentemente proclamou que *"as contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária"* e, *"por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos"*, razões pelas quais aquela Egrégia Corte Superior de Justiça expressamente reconheceu que *"padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social"* (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no AgRg no REsp nº 616.348-MG, Reg. nº 2003/0229004-0, em sessão de 14/12/2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 14/02/2005, p. 144, e in RDDT vol. 115, p. 164), diferentemente do prazo quinquenal estabelecido na lei complementar (CTN, arts. 150, § 4º, e 173). No mesmo sentido, reiterando a inconstitucionalidade do referido art. 45 da Lei nº 8.212/91, a Suprema Corte tem reiteradamente rejeitado a admissão dos RREE relativos à matéria, como se pode ver, dentre inúmeros (RE nº 552.757, rel. Min. Carlos Britto, DJU de 07/08/2007; RE nº 548.785, rel. Min. Eros Grau, DJU de 15/08/2007; RE nº 534.856, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 22/03/2007) do r. despacho exarado no RE nº RE 540.704, rel. Min. Marco Aurélio, publ. no DJU de 08/08/2007, sob a seguinte e elucidativa ementa:

**"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - REGÊNCIA
- ARTIGO 46 DA LEI Nº 8.212/91 - DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELA CORTE DE ORIGEM -
HARMONIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRECEDENTES -
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO."**

Analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade sobre os lançamentos fiscais, o Egrégio STJ recentemente esclareceu que *"a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito"* e, *"embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC,*

Rel

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 25, 11, 2008	Silvio Sérgio Barbosa Mat.: Siapo 91745

art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). (...)" (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 15/05/2006, pág. 186).

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (arts. 150, inciso I, da CF/88; 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe emprestam a Suprema Corte e o Egrégio STJ, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que, ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos nela fundados.

Na mesma ordem de idéias, já na interpretação dos dispositivos da lei complementar prevalente, aquela mesma Egrégia Corte Superior de Justiça recentemente esclareceu que as normas dos arts. 150, § 4º, e 173, do CTN, "*não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos 'cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa'; o art. 173, ao revés, aplica-se tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento*". Assim, entende aquela Egrégia Corte que a aplicação concorrente dos arts. 150, § 4º, e 173, a par de ser juridicamente insustentável e padecer de invencível ilogicidade, apresenta-se como "*solução (...) deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica*" (cf. Acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp nº 638.962-PR, rel. Min. Luiz Fux, publ. no DJU de 01/08/2005 e na RDDT 121/238).

Acolhendo e conformando-se com esses ensinamentos de inegável juridicidade, a jurisprudência deste Egrégio Conselho tem reiteradamente proclamado a inaplicabilidade do art. 45 da Lei nº 8.2123/91 invocado como fundamento da r. decisão recorrida, em razão do que dispõem as normas da Lei Complementar (art. 150, § 4º, do CTN), como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

"DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO: (...) a regra a ser seguida na contagem do prazo decadencial é a estabelecida no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que é de 5 (cinco) anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador. Da mesma forma, os lançamentos das contribuições sociais que, por se revestirem de natureza tributária, sujeitam-se às regras instituídas por lei complementar (CTN), por expressa previsão constitucional (artigos 146, III, 'b' e 149 da C.F). Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de decadência para dar provimento ao recurso." (Acórdão nº 101-94.394, da 1ª Câmara do 1º CC - Relator: Raul Pimentel publ. in DOU 1 - 28/01/2004, pág. 9, e in "Jurisprudência-IR" anexo ao Bol. IOB nº 11/04)

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRAZO DE DECADÊNCIA DE 10 ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO - ART. 45 DA LEI 8.212/91, DIANTE DO ART. 150, § 4º DO CTN. CSLL de 1997. Preliminar. Decadência - CSLL - Inaplicabilidade do art. 45 da Lei 8.2123/91 frente às normas dispostas no art. 150, § 4º do CTN. A partir da Constituição Federal de 1988, as contribuições sociais voltaram a ter

Handwritten signature

Handwritten signature

natureza jurídico-tributária, aplicando-se-lhes todos aos princípios tributários previstos na Constituição (art. 146, III, 'b'), e no CTN (arts. 150, § 4º e 173)." (cf. Acórdão nº 101-94.602 da 1ª Câmara do 1º CC/MF, publ. no DJ de 28/04/2005 e in RDDT 118/146)

"CSLL - Decadência - Caracterização. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - DECADÊNCIA - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - ART. 150, § 4º - NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.212/91. O prazo decadencial das contribuições é o previsto no art. 150, do CTN, pois, em virtude de prescrição constitucional (art. 146, III), trata-se de matéria exclusiva de lei complementar, não podendo ser tocada por lei ordinária. No caso, até o exercício de 1996, pode-se falar em decadência (...). Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Octávio Campos Fischer (Relator). Designado o Conselheiro Natanael Martins para redigir o voto vencedor." (cf. Acórdão nº 107-07.049, da 7ª Câmara do 1º CC, rel. Conselheiro Natanael Martins, publ. no DOU 1 de 10/12/2003, pág. 38, e in "Jurisprudência-IR" anexo ao Bol. IOB nº 1/04)

"(...). CPMF. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. O direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo à CPMF decai em cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Recurso não conhecido em parte, por opção pela via judicial e na parte conhecida provido em parte." (cf. Acórdão nº 203-10.412 da 3ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 129.448, Processo nº 16327.001090/2004-45, em sessão de 13/09/2005, rel. Conselheira Sílvia de Brito Oliveira, publ. in DOU de 12/03/2007, Seção 1, pág. 45)

Dos preceitos expostos, desde logo verifica-se que o auto de infração de Cofins, notificado em 28/01/2003 (fl. 328), jamais poderia abranger operações ocorridas no período anterior a 28/01/1998, sobre as quais já se achava extinto o direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento, por se ter consumado o prazo decadencial e a conseqüente extinção do crédito tributário, nos expressos termos dos arts. 150, § 4º, e 156, inciso V, do CTN, impondo-se a exclusão das referidas operações do lançamento, tal como já proclamaram as jurisprudências administrativa e judicial retrocitadas.

Da mesma forma não há como se ter como compensadas as importâncias do auto de infração inseridas em DCTF, eis que, não tendo cumprido o procedimento legalmente previsto para que se efetivasse a compensação e a conseqüente homologação do lançamento exigida pela lei, ao contrário do que açodadamente aduz a ora recorrente, não há como afirmar que aquelas importâncias exigidas no auto de infração, tenham sido quitadas por compensação, com supostos créditos oriundos de outros tributos administrados pela SRF, o que de plano afasta a alegada de extinção do crédito tributário e reforça a procedência, tanto do auto de infração, como da r. decisão recorrida que o manteve, tal como reiteradamente proclamado a jurisprudência deste Egrégio Conselho citada na decisão recorrida, cujas ementas se reproduz:

"COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO. Não é cabível a alegação de compensação sem comprovação do procedimento e como defesa em auto de infração. Recurso negado." (Acórdão nº 202-76.411 - 18/09/2002)

Adel

Am

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 25 / 11 / 2008	Sérvio Soares Barbosa Mat.: SIAPE 81745

"COFINS. (...). COMPENSAÇÃO. A compensação é um direito discricionário da contribuinte, podendo ela exercê-lo ou não. Mas, se o fizer, deve seguir as normas regulamentares que regem a matéria. (...). COMPENSAÇÃO NÃO COMPROVADA. Não havendo comprovação de compensação alegada pela contribuinte, antes da lavratura da Peça Infracional, é cabível o lançamento de ofício dos valores não recolhidos. Recurso provido em parte." (Acórdão nº 202-14.945 - 02/07/2003)

"COFINS. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Cabe ao Contribuinte o ônus de provar o que alega. Não tendo este instruído o processo com a documentação necessária à comprovação dos seus argumentos, tomam-se insubsistentes e vazias as razões formuladas. MULTA DE OFÍCIO. PREVISÃO LEGAL. A exacerbação do lançamento pela aplicação da multa de ofício no percentual 75% tem o devido suporte legal na legislação de regência (inciso I, art. 44, da Lei nº 9.430/96). Recurso negado." (Acórdão nº 203-09.342 - 02/12/2003)

"(...) COFINS - COMPENSAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - A mera afirmação, sem provas, da realização da compensação não autoriza a mesma ser considerada para os efeitos de fixação do crédito tributário exigido em auto de infração. Recurso negado." (Acórdão nº 203-07.160 - 20/03/2001)

"COFINS. COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO. A compensação é opção do contribuinte. O fato de este ser detentor de créditos junto à Fazenda Nacional não invalida o lançamento de ofício relativo a débitos posteriores, quando não restar comprovado, por meio de documentos hábeis, ter exercido a compensação antes do início do procedimento de ofício. (...). Recurso parcialmente provido." (Acórdão nº 202-15.007 - 13/08/2003)

No que toca à multa de 75% é inquestionável o acerto da r. decisão recorrida quanto à sua aplicação tal como prevista no inc. I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

No que toca à incidência dos acréscimos moratórios calculados à taxa Selic, também são devidos, como expressamente admite a Jurisprudência do E. STJ que já se pacificou no sentido da constitucionalidade e legalidade da aplicação da taxa Selic na atualização dos débitos fiscais não-recolhidos integralmente no vencimento (cf. Acórdão da 1ª Seção do STJ nos Emb. de Div. no REsp nº 426.967-MG, Reg. nº 2005/0080285-4, em sessão de 09/08/2006, rel. Min. Denise Arruda, publ. in DJU de 04/09/2006, p. 218), sendo "devido, dessarte, o pagamento de juros de mora desde o vencimento da obrigação e correção monetária, mesmo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha se dado em momento anterior ao vencimento" (cf. Acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp nº 208.803-SC, Reg. nº 1999/0025864-9, em sessão de 11/02/2003, rel. Min. Franciulli Netto, publ. in DJU de 02/06/2003, p. 232)

Isto posto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para proclamar a decadência e a extinção do direito de constituir o crédito tributário em relação às

Jon

Edc

Processo nº 10940.000159/2003-19
Acórdão n.º 201-81.185

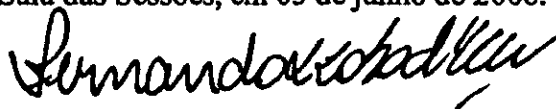
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 25/11/2008.	
Sávio Spínola de Lencastre Mat.: Sape 91745	

CC02/C01
Fls. 407

operações ocorridas no período de 31/10/96 a 28/01/98, nos expressos termos dos arts. 150, § 4º, e 156, inciso V, do CTN, e, caso vencido na preliminar de decadência, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo a r. decisão recorrida.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 05 de junho de 2008.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

