



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De <u>22</u> / <u>06</u> / <u>2004</u> <i>cfw</i> VISTO
--

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

Recorrente : AUTO COMÉRCIO E INDÚSTRIA ACIL LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhes execução.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores. **Preliminares rejeitadas.**

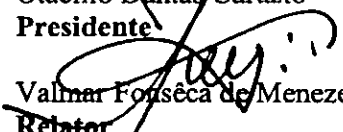
COFINS. DECADÊNCIA. A Lei nº 8.212/91 estabeleceu o prazo de dez anos para a decadência da COFINS. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal.

Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **AUTO COMÉRCIO E INDÚSTRIA ACIL LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade da decisão recorrida e de inconstitucionalidade; e II) pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Mauro Wasilewski, César Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, que davam provimento em parte ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento as Conselheiras Maria Cristina Roza da Costa e Luciana Pato Peçanha Martins.
Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 13807.006129/2001-87

Recurso nº : 123.359

Acórdão nº : 203-09.209

Recorrente : AUTO COMÉRCIO E INDÚSTRIA ACIL LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Em ação fiscal realizada na contribuinte acima identificada, foi constatado que ela deixara de recolher a Contribuição para o Financiamento Social (Cofins) relativa ao período de 31/01/1995 a 31/12/2000.

2. Conseqüentemente foi lavrado o auto de infração de fls. 67/71 para exigir a contribuição no valor de R\$3.405.120,14, acrescida de juros de mora de R\$3.125.524,19 e multa de R\$2.553.839,92, totalizando o crédito tributário de R\$9.084.484,25 (cálculo válido até 31/05/20001).

2.1 O lançamento teve o seguinte enquadramento legal: art. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991; art. 77, inciso III, do Decreto-lei nº 5.844/1943; art. 149 da Lei nº 5.172/1966; artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/1999 e 1.858/1999 e suas reedições.

3. Ciente do lançamento em 06/06/2001, a contribuinte ingressou, em 06/07/2001, com a impugnação de fls. 74/82, através de seu representante legal (procuração à fl. 83), cujo teor é sintetizado a seguir:

3.1 Argumenta que, parte inicial dessa exigência, sobretudo aquela relativa a 1995 e também parte do período de 1996, está alcançada pelo instituto da decadência, não tendo sido observado o quinquênio de rigor de que trata a legislação de regência.

3.2 Comenta que, tem dúvidas quanto ao cálculo exato da base sobre a qual incidiu a referida contribuição uma vez que, até hoje, perduram dúvidas quanto à legitimidade de se alcançar a totalidade das receitas, ou seja, a receita bruta, abandonando-se indevidamente o faturamento.

3.3 Conclui que o faturamento constitui a base real verdadeira da incidência, já que contempla os chamados atos de natureza essencialmente mercantil, expressando assim o conteúdo econômico e a finalidade lucrativa, e não a receita bruta que, encarada em sua totalidade, abarca inclusive outros elementos como acréscimos financeiros.



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

3.4 Argumenta ainda que a Lei nº 9.718/98 não serve para legitimar a cobrança em razão de sua patente inconstitucionalidade, defeito esse que não foi corrigido, nem poderia ter sido, pela edição da Emenda Constitucional 20.

3.5 Refutou ainda o valor dos juros moratórios por considerar ilegal e inconstitucional a atualização dos débitos tributários pela Taxa Selic, uma vez que a referida taxa foi instituída em 15/07/1986, pela Resolução nº 1.124, do Conselho Monetário Nacional, com a natureza de juros remuneratórios, cuja finalidade era a remunerar o capital investido.

3.6 Alega que a correção monetária e os juros de mora são devidos desde que haja lei que autorize a sua incidência. No Direto Tributário, a sua incidência está condicionada ao princípio da estrita legalidade, ou seja, exige-se que o crédito atualizado seja estabelecido por lei, não podendo o contribuinte valer-se de resoluções e circulares para alterar as regras que dispõem sobre a correção monetária e os juros, principalmente quando aproveita-se de taxas criadas que não apuram a perda nominal da moeda, mas, sim, são fixadas de acordo com a política monetária, com fim de remunerar investidores de títulos públicos.

3.7 Acrescenta que para incidir sobre o crédito tributário taxa diversa da estabelecida pelo artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional (1% ao mês), é necessário que essa taxa seja criada por lei, o que não ocorreu com a SELIC, criada por resoluções e portarias.

3.8 Para fundamentar suas considerações cita algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça.

3.9 Finalizando, requer que a exigência tributária seja reformulada ou declarada insubsistente em virtude do desacerto no cálculo da matéria tributável.”

adiante:
A DRJ em São Paulo – SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/1995 a 31/12/2000

Ementa: COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO DE 10 ANOS.

Decai em 10 (dez) anos o direito da Fazenda Nacional constituir o crédito correspondente à Cofins.



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

INCONSTITUCIONALIDADES. LIMITE DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de inconstitucionalidade.

BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

A base de cálculo da contribuição é o faturamento, assim considerado a receita bruta da empresa com as exclusões permitidas em lei.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros de mora com base na Taxa SELIC, nos termos da legislação vigente.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, resumidos a seguir:

COMO RAZÕES PRELIMINARES:

DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS:

- é inconstitucional a cobrança da COFINS sobre a receita bruta, não servindo a Lei nº 9.712/98 para legitimá-la, em razão da sua evidente inconstitucionalidade, vício não sanado nem mesmo pela “EC 20”; também não deve prevalecer o entendimento de que estas irregularidades não podem ser conhecidas na esfera administrativa, esclarecendo que a recorrente não pretende que sejam declaradas tais inconstitucionalidades por este órgão, mas que a COFINS seja exigida sobre bases válidas; e
- a Taxa SELIC é inconstitucional e ilegal.

DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR TER SIDO PROFERIDA ANTES DAQUELA REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO DE IRPJ, QUE DESCARACTERIZOU GLOSAS DE DESPESAS, ALTERANDO A BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO:

- a decisão recorrida é nula, pelo fato de que, no período de 1995 a 1998, não há certeza e liquidez do crédito constituído, aduzindo que:
1. antes da Lei nº 9.718/98 a COFINS incidia sobre o faturamento, isto é, sobre a receita líquida;



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

2. a base de cálculo utilizada corresponde a receitas aumentadas em função da glosa de despesas e de prejuízos acumulados, tendo sido arbitradas e presumidas;
3. tais glosas já foram descaracterizadas, conforme consta do processo relativo ao auto de infração de IRPJ, que identifica, transcrevendo trecho de decisão proferida no mesmo que determina a realização de diligência para apreciação de documentos pela fiscalização; e
4. a base de cálculo da contribuição, pois, sofrerá influência direta do procedimentos, apurações e cálculos ainda não realizados, por conta daquele processo; claro está, pois, que o crédito apurado é ilíquido e incerto, devendo, por isso, ser anulada a decisão recorrida, proferida antes do tempo próprio, para que, após a real apuração da base de cálculo, possa o crédito revestir-se de seus pressupostos de exeqüibilidade e de executividade.

DAS RAZÕES DE MÉRITO:

DA DECADÊNCIA:

- conforme o Código Tributário Nacional, artigo 150, o prazo decadencial da contribuição é de cinco anos, não se aplicando ao caso o disposto na Lei nº 8.212/91, por conta da hierarquia das normas, prevista na Constituição Federal.

É o relatório.



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Analisando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos o que segue.

DAS PRELIMINARES:

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADES.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III, "b", da Carta Magna.

Neste mesmo sentido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

"5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprivação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição.



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI)."

Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA:

A recorrente alega ser nula a decisão recorrida, por ter sido proferida antes do julgamento do auto de infração de IRPJ, que teria descaracterizado glosas de despesas, o que teria influência na base de cálculo da Contribuição, tornando o crédito, pois, ilíquido e incerto.

Tal alegação implica, obviamente, em afirmar que o auto guerreado seria reflexo daquele correspondente ao IRPJ.

A tributação reflexa é matéria consagrada na jurisprudência administrativa e amparada pela legislação de regência, devendo o entendimento adotado em relação aos respectivos autos de infração acompanharem o do principal, em virtude da íntima relação de causa e efeito.

No entanto, não se trata do presente caso, onde a base de cálculo da contribuição não está calculada com base em suposta omissão de receitas, mas sim nos dados contábeis e fiscais indicados na escrita do próprio contribuinte, não sendo o caso de que, por conta de determinadas despesas, possa haver alteração ou não da mesma. Evidentemente que, para fins de IRPJ, tais elementos podem ser imprescindíveis, mas não para a situação posta nos autos, onde não se verifica nenhuma relação entre despesas e a base de cálculo utilizada no lançamento. Chame-se a atenção para o Termo de Verificação Fiscal, à fl. 30, onde o autuante esclarece que as bases de cálculo encontradas tomaram por base as informações prestadas à SRF pela contribuinte, ao preencher as planilhas constantes às fls. 10/27.



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

No tocante à nulidade, reproduzamos o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 59. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Verifica-se que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso primeiro e não se pode falar em cerceamento do direito de defesa na fase de lançamento, como bem lembra Antonio da Silva Cabral, em sua obra *Processo Administrativo Fiscal*, Editora Saraiva, 1993, página 524. Neste ponto, cabe-nos apenas ressaltar que o respeito ao princípio do contraditório está configurado pela ciência dos termos processuais por parte da autuada. Além disso, a possibilidade de ampla defesa está assegurada em diversos pontos da legislação citada pelo fisco, em especial as disposições do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores, regulador do Processo Administrativo Fiscal, mencionado no próprio auto de infração lavrado, e do qual tomou ciência a contribuinte.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

DAS RAZÕES DE MÉRITO:

DA DECADÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

Em suas razões recursais, a recorrente alega decadência do lançamento efetuado e que, de acordo com o Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário estaria extinto.

A este respeito, transcrevo o meu entendimento exarado por ocasião do julgamento do Recurso nº 114.809, de cujo Acórdão retiro excertos, como razões de decidir:

“O instituto da decadência é ligado ao ato administrativo do lançamento e, portanto, faz-se mister tecer alguns comentários sobre esses institutos para, em seguida, concluirmos sobre a questão.

O Código Tributário Nacional - CTN classificou os tipos de lançamento, segundo o grau de participação do contribuinte para a sua realização, nas seguintes modalidades: lançamento por declaração (art. 147); lançamento de ofício (art. 149) e lançamento por homologação (art. 150).

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o qual é uma modalidade em que cabe ao contribuinte efetuar os procedimentos de cálculo e



Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

de pagamento antecipado do tributo, sem prévia verificação do sujeito ativo. O lançamento se consumará posteriormente através da homologação expressa, pela real confirmação da autoridade lançadora ou pela homologação tácita, quando esta autoridade não se manifestar no prazo de cinco anos contado da ocorrência do fato gerador, conforme previsto no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Embora o Código Tributário Nacional - CTN utilize a expressão “homologação do lançamento”, não faz sentido se falar em homologar aquilo que ainda não ocorreu, haja vista que o lançamento só se dará com o ato de homologação. Daí porque, trata-se de homologação da atividade anterior do sujeito passivo, ou seja, trata-se de homologação do pagamento antecipado. Neste sentido é o entendimento de diversos tributaristas do País, entre eles José Souto Maior Borges, em sua obra “Lançamento Tributário, Rio, Forense, 1981, p. 465, 466 e 468” e Paulo de Barros Carvalho, em seu trabalho “Lançamento por Homologação - Decadência e Pedido de Restituição, em Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, IOB, n. 3, fev. 1997, p. 72 e 73.”

No entanto, o artigo 10 da Lei Complementar nº 70, de 31/12/1991, estabelece que o produto da arrecadação da COFINS é componente do Orçamento da Seguridade Social e, por outro lado, a Lei ordinária posterior nº 8.212, de 24.07.91, ao dispor sobre a organização da Seguridade Social, estabeleceu, através do *caput* do art. 45 e inciso I, um novo prazo de caducidade para o lançamento das respectivas Contribuições Sociais:

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

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

A Lei nº 8.212/91 entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 25/07/91, e como já exposto anteriormente, não cabe a este Colegiado questionar a sua constitucionalidade.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal, o que resulta no mesmo período de tempo citado.”

Acrescente-se, ainda, que, por força da vinculação deste Colegiado às normas legais vigentes, está afastada da sua competência a análise de disposição expressa em Lei, como no caso *in concreto*.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.006129/2001-87
Recurso nº : 123.359
Acórdão nº : 203-09.209

Rejeito, por isso, as arguições de decadência suscitadas pela defesa.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de que sejam rejeitadas as preliminares de inconstitucionalidades e de nulidade da decisão recorrida e, no mérito, de que seja negado provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES