



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 22 / 06 / 2004

VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

Recorrente : SUPERMERCADOS DEMA LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

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.

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.

Preliminares de nulidade e de inconstitucionalidade rejeitadas.

PIS. DECADÊNCIA. A Lei nº 8212/91 estabeleceu o prazo de dez anos para a decadência da Contribuição para o PIS. 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: **SUPERMERCADOS DEMA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares de nulidade da decisão recorrida e de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, César Piantavigna, Maria Cristina Rosa da Costa, Mauro Wasilewski, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

Recorrente : SUPERMERCADOS DEMA LTDA.

RELATÓRIO

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

“Trata-se de Auto de Infração (fls. 191/200), lavrado contra a contribuinte em epígrafe, ciência em 23/07/2002, relativo à falta de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no período de novembro/1997 a dezembro/2001, no montante de R\$ 821.890,57.

2. Na *Descrição dos Fatos*, à fl. 199, o auditor fiscal informa:

Com base nas receitas escrituradas nos Livros Registros de Saídas dos anos-calandário 1997 a 2001, de cada estabelecimento, foram apuradas diferenças nos recolhimentos da contribuição conforme Demonstrativos de Apuração de Débitos de Pagamento e Demonstrativo da Situação Fiscal Apurada, peças integrantes do presente auto de infração. Nos casos em que o contribuinte vinculou na DCTF, indevidamente, créditos sem efetivo pagamento, os valores constantes da coluna “Débitos Declarados” se referem a valores efetivamente recolhidos. Com relação aos meses de janeiro e fevereiro de 1997, as exações correspondem às diferenças entre os débitos apurados e os valores declarados na DCTF, considerando que as diferenças entre estes e os créditos vinculados não confirmados foram objeto de “lançamento eletrônico”.

3. Inconformada com o procedimento fiscal, a interessada interpôs impugnação, em 22/08/2002, às fls. 215/235, na qual alega, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. o auto de infração deve ser considerado nulo, pois sua lavratura se deu no interior da Secretaria da Receita Federal em Jundiá e não no estabelecimento da defendente, como determina o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972;

3.2. a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, ao ir de encontro com o disposto no inciso I do art. 195 da Constituição Federal, é inconstitucional, seja por questões de ordem material (alargamento da definição de faturamento) ou por questões de ordem formal (necessidade de Lei Complementar). Ressalte-se que não se pode invocar a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, para assegurar a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, uma vez



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

que esta lei foi editada antes da referida alteração constitucional. Ademais, a própria emenda citada encontra-se eivada de inconstitucionalidade, em razão de vício formal em sua promulgação, já que houve alterações em seu texto na Câmara dos Deputados e ela não retornou ao Senado Federal. Por outro lado, essa emenda constitucional apenas dirimiu as dúvidas com relação ao pagamento da Cofins (sic) por parte dos estabelecimentos bancários. A partir dela, as empresas devem pagar tal contribuição com base no faturamento e os bancos com base em suas receitas, já que não emitem notas fiscais e muito menos faturas. A Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional também porque, sendo lei ordinária, não pode alterar a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, (sic) em razão da superioridade hierárquica desta última;

3.3. a multa imposta é confiscatória, o que é vedado pelo art. 150, inciso IV, da Constituição Federal;

3.4. a aplicação da taxa Selic é inconstitucional, pois possui natureza remuneratória e a sua utilização desobedece aos arts. 150, I, e 192, § 3º, da Constituição Federal, bem como a regra contida no art. 161, § 1º, do CTN. Cita jurisprudência do STJ.”

A DRJ em Campinas - SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/11/1997 a 31/12/2001

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DE LAVRATURA. Não é motivo de nulidade a preparação do auto de infração no estabelecimento da Secretaria da Receita Federal.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO. É a atividade onde se examina a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco, sem perscrutar da legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos daqueles atos.

Lançamento Procedente”.

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

1. RAZÕES PRELIMINARES:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AUSÊNCIA DE REQUISITOS FORMAIS:



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

- o auto de infração é nulo por contrariar o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, no que se refere à lavratura do auto de infração, que ocorreu na sede do Fisco e não no local da verificação da falta, cerceando o direito de defesa da recorrente.

PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE:

- a Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, pelos motivos que expõe, bem como a multa aplicada, por confiscatória, e a Taxa SELIC utilizada como taxa de juros de mora; e
- conforme alegado posteriormente nas razões de mérito, também fere a Constituição Federal a Lei nº 8.212/91 quando trata de prazo decadencial.

2. RAZÕES DE MÉRITO:

- ocorreu a decadência da contribuição exigida, de acordo com o artigo 150 do Código Tributário Nacional, não havendo que se falar na aplicação da Lei nº 8.212/91, por não ser possível a revogação de Lei Complementar por Lei Ordinária, o que implica em dizer que a referida Lei incide em violação de dispositivos constitucionais.

É o relatório.



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

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.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE:

O art. 10 do Decreto nº 70.235/72 assim determina:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

O artigo acima citado diz que o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local de verificação da falta. Na Receita Federal o servidor competente para a lavratura do auto de infração é o Auditor Fiscal da Receita Federal. Atente-se para que a norma fala em "local de verificação da falta". A norma diz no local de verificação e não de ocorrência da falta, logo, a lavratura do auto de infração pode ser feita tanto no estabelecimento do infrator como na repartição fiscal.

A ementa do Acórdão nº 201-65.932/90, abaixo transcrito, traduz exatamente este entendimento:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Não é motivo de nulidade processual a preparação do termo de início de fiscalização fora do estabelecimento fiscalizado, porém levado à ciência do contribuinte, a partir do qual ganhou validade. Não é motivo de nulidade a preparação do auto de infração fora do estabelecimento autuado, levado pronto para sua ciência. O "local de verificação da falta (Decreto nº 70.235/72, art. 10) está vinculado ao conceito de jurisdição e, conseqüentemente, de competência do autuante.”



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

No tocante à nulidade, verifiquemos a sua pertinência ao caso em análise.

Inicialmente, 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 nº 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.

PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE.

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.,



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

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.

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.

DO MÉRITO: 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 115.136, 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.



Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

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 Programa de Integração Social - PIS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o qual é uma modalidade em que cabe ao contribuinte efetuar os procedimentos de cálculo e 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."

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.

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."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13839.002584/2002-17
Recurso nº : 124.277
Acórdão nº : 203-09.231

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 já explicitado nas preliminares e se constitui no caso *in concreto*.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade e de inconstitucionalidade para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES