



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

Processo n° 13839.002621/2002-97
Recurso n° 136.762 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão n° 203-13.379
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente NEW CONSTRUÇÕES LTDA.
Recorrida DRJ - CAMPINAS/SP

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

Período de apuração: 01/04/1997 a 31/12/1997, 01/01/1998 a 31/12/1998, 01/01/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 31/12/2000, 01/06/2001 a 30/09/2001

PAGAMENTO. FALTA/INSUFICIÊNCIA

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

DECISÃO. VALORES PAGOS/PARCELADOS. EXCLUSÃO

A exclusão de valores pagos e/ ou parcelados, indevidamente incluídos no lançamento em discussão, determinada na decisão de primeira instância pela Autoridade Julgadora, não configura revisão de ofício do lançamento nem implica nulidade daquela.

INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

Súmula Nº 02. O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais, em face da Súmula nº 08, de 2008, editada pelo Supremo Tribunal Federal, passou a ser de cinco contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

MULTA

Nos lançamentos de ofício, para constituição de crédito tributário incide multa punitiva calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição lançados, segundo a legislação vigente.

Recurso provido em parte.

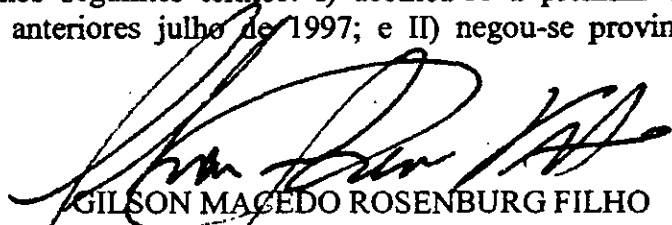
MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 28 / 11 / 08

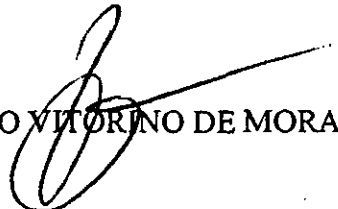

Marilda Cursino de Oliveira
Mat. S/ape 91850

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) acolheu-se a preliminar de decadência dos períodos de apuração anteriores julho de 1997; e II) negou-se provimento ao recurso para os demais períodos.




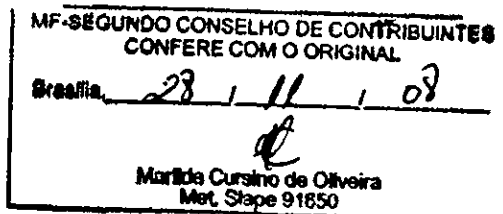
GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente



JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton César Cordeiro de Miranda.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 28, 11, 08

Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Slape 91650



Relatório

Contra a recorrente acima, foi lavrado o auto de infração às fls. 71/74, exigindo-lhe crédito tributário, no montante de R\$ 879.168,95 (oitocentos e setenta e nove mil cento e sessenta e oito reais e noventa e cinco centavos), referente à contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidente sobre os fatos geradores dos períodos mensais de competência de abril de 1997 a dezembro de 2000 e de junho de 2001 a setembro de 2001.

Por meio do procedimento administrativo-fiscal realizado em sua escrita fiscal e contábil, o Autuante verificou que a Cofins devida para aqueles períodos de competência não foi paga.

Cientificada da autuação, impugnou o lançamento (fls. 92/97), alegando, em síntese, que: a) no processo judicial nº 94.0600639-1 está discutindo o mérito do alcance da contribuição sobre as receitas de vendas de imóveis para as empresa que exploram atividades imobiliárias; b) o trânsito em julgado se deu apenas em relação ao processo acessório ao principal – processo nº 2001.03.00.005519-2; c) a ação principal continua em trâmite sob o nº 97.03.013717-2; d) no momento da apresentação das DCTFs, a contribuição encontrava-se *sub judice*, permanecendo assim até então, razão pela qual é indevida a imputação da multa de ofício; e) foram constatadas imprecisões nos cálculos constantes dos autos, para os períodos de fevereiro/1998 e janeiro/1999; f) os valores corretos são os constantes do demonstrativo abaixo:

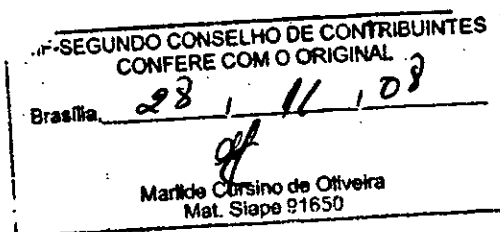
Período	Base de Cálculo			Alíquota	COFINS
	Fiscalização	Livro Diário /DIPJ	Diferença		
Fev/1998	370.928,81	287.096,82	83.831,99	2%	1.676,64
Jan/1999	322.890,00	320.465,69	2.424,31	2%	48,49
TOTAL					1.725,13

g) o auto de infração torna-se insubsistente, sendo passível de nulidade, em decorrência de erro na demonstração dos cálculos dos valores lançados e exigidos; h) optou pelo parcelamento de seus débitos, mediante adesão ao Programa de Recuperação Fiscal – Refis; i) os débitos referentes à Cofins, exceto aqueles que se encontram em situação *sub judice*, foram incluídos nesse parcelamento; j) na data da lavratura do auto de infração, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos meses de competência de abril, maio e junho de 1997 já havia decaído; l) os valores da contribuição incluídos no Refis (processos nº 13839.500443/1998-27, 13839.500280/1998-64 e 13839.500057/1998-53) e pagos por meio de darfs devem ser excluídos do lançamento; e, m) em vista das razões expostas, a multa e os juros imputados não seriam devidos na sua totalidade.

A impugnação apresentada foi então analisada pela DRJ em Campinas - SP que julgou o lançamento procedente em parte, conforme Acórdão nº 05-14.031, datado de 26 de julho de 2006, às fls. 432/437, sob as seguintes ementas:

“Normas Gerais de Direito Tributário”





Data do fato gerador: 30/04/1997, 31/05/1997, 30/06/1997,
31/07/1997, 31/08/1997, 30/09/1997, 31/10/1997, 30/11/1997,
31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998,
31/05/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998,
31/10/1998, 30/11/1998, 31/12/1998, 31/01/1999, 28/02/1999,
31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999,
31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999,
31/01/2000, 28/02/2000, 30/04/2000, 31/05/2000, 30/06/2000,
31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000,
31/12/2000, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001

Ementa: DECADÊNCIA – CONTRIBUIÇÕES – PRAZO LEGAL DE 10 ANOS.

O prazo para que a Fazenda Nacional formalize a constituição do crédito tributário das contribuições sociais devidas à União decai em dez anos nos termos da Lei.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 30/04/1997, 31/05/1997, 30/06/1997,
31/07/1997, 31/08/1997, 30/09/1997, 31/10/1997, 30/11/1997,
31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998,
31/05/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998,
31/10/1998, 30/11/1998, 31/12/1998, 31/01/1999, 28/02/1999,
31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999,
31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999,
31/01/2000, 28/02/2000, 30/04/2000, 31/05/2000, 30/06/2000,
31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000,
31/12/2000, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001

Ementa: COFINS - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - DCTF.

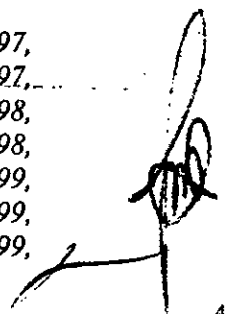
A compensação de créditos tributários autorizada pela legislação fica condicionada à liquidez e certeza dos créditos do sujeito passivo com a Fazenda Pública.

Consoante legislação vigente, cumpre à autoridade administrativa constituir o crédito tributário relativo aos valores de contribuição que a contribuinte compensara na DCTF com crédito sub judice não transitado em julgado.

Todavia, há que se excluir do lançamento os valores anteriormente regularizados pela contribuinte por meio do REFIS, de parcelamentos e de compensações acatadas pela autoridade fiscal.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 30/04/1997, 31/05/1997, 30/06/1997,
31/07/1997, 31/08/1997, 30/09/1997, 31/10/1997, 30/11/1997,
31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998,
31/05/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998,
31/10/1998, 30/11/1998, 31/12/1998, 31/01/1999, 28/02/1999,
31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999,
31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999,



Brasília, 28 / 11 / 08

de
Marilce Cursino de Oliveira
Mat. Slape 91850

31/01/2000, 28/02/2000, 30/04/2000, 31/05/2000, 30/06/2000,
31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000,
31/12/2000, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001

Ementa: INFRAÇÃO – MULTA DE OFÍCIO.

A aplicação de penalidades pelo fisco quando detectada infração à legislação tributária obedece ao princípio da estrita legalidade, nos termos do art. 97, inciso V, do CTN, sendo inerente ao lançamento de ofício, não cabendo à autoridade tributária afastá-la, exceto quando há previsão legal.

Somente fica dispensada a imposição da multa de ofício quando a exigência dos tributos e contribuições federais apurados pelo Fisco estiver acobertada pela suspensão de exigibilidade em decorrência de ações judiciais em andamento."

No julgamento de primeira instância, aquela DRJ rejeitou preliminar de nulidade, a decadência suscitada, deduziu do lançamento todos os valores pagos e/ ou parcelados e as respectivas cominações legais e demonstrou que o processo judicial foi definitivamente baixado à Seção Judiciária de Origem desde 24/07/1997, mantendo parcialmente o lançamento contestado, conforme demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO PROFISC EM REAIS

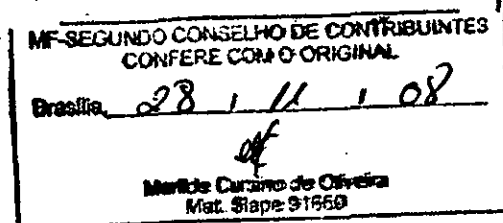
Período	EXIGIDO	CANCELADO	MANTIDO *
04/1997	3.846,36	0,00	3.846,36
05/1997	1.853,84	0,00	1.853,84
06/1997	296,08	296,08	0,00
07/1997	2.644,56	2.644,56	0,00
08/1997	2.279,02	2.279,02	0,00
09/1997	1.320,11	1.320,11	0,00
10/1997	17.845,16	17.845,16	0,00
11/1997	298,83	298,83	0,00
12/1997	2.315,16	2.315,16	0,00
01/1998	315,17	315,17	0,00
02/1998	2.494,75	1918,69	576,06
03/1998	1.162,82	1.162,82	0,00
04/1998	276,42	108,42	168,00
05/1998	2.202,42	0,00	2.202,42
06/1998	911,31	0,00	911,31
07/1998	2.040,63	0,00	2.040,63
08/1998	2.673,86	0,00	2.673,86
09/1998	3.723,42	0,00	3.723,42
10/1998	2.541,55	0,00	2.541,55
11/1998	2.604,42	0,00	2.604,42
12/1998	4.719,22	0,00	4.719,22
01/1999	3.373,18	48,49	3.324,69
02/1999	6.759,89	42,11	6.717,78
03/1999	9.060,45	2,40	9.058,05
04/1999	5.780,49	3.062,18	2.718,31
05/1999	9.512,70	3.371,69	6.141,01
06/1999	14.064,62	6.040,14	8.024,48
07/1999	11.539,65	5.584,65	5.955,00
08/1999	11.709,42	4.897,15	6.812,27

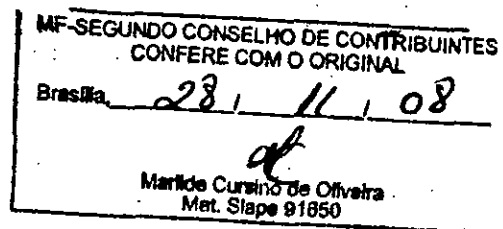
09/1999	17.999,22	6.085,70	11.913,52
10/1999	58.484,19	0,00	58.484,19
11/1999	18.017,16	0,00	18.017,16
12/1999	25.146,77	10.405,69	14.741,08
01/2000	12.935,70	5.296,60	7.639,10
02/2000	18.007,53	1.199,62	16.807,91
03/2000	24.344,31	1.427,59	22.916,72
04/2000	16.672,41	982,52	15.689,89
05/2000	9.912,03	540,33	9.371,70
06/2000	15.785,37	0,00	15.785,37
07/2000	6.876,08	0,00	6.876,08
08/2000	7.529,28	184,66	7.344,62
09/2000	7.251,81	0,00	7.251,81
10/2000	8.075,48	0,00	8.075,48
11/2000	6.243,54	0,00	6.243,54
12/2000	11.653,65	0,00	11.653,65
06/2001	1.180,20	0,00	1.180,20
07/2001	927,78	0,00	927,78
08/2001	441,30	0,00	441,30
09/2001	1.340,58	0,00	1.340,58
TOTAIS	398.989,90	79.675,54	319.314,36
Percentual	100,00	19,97	80,03

* Valor mantido deve ser acrescido da multa de ofício de 75% e juros de mora.

Cientificada da decisão, a recorrente interpôs o recurso voluntário às fls. 470/488, requerendo o seu provimento para que seja cancelado o crédito tributário mantido pela DRJ, alegando, em síntese: a) inconstitucionalidade do depósito recursal; b) a incompetência da Autoridade Julgadora para alterar o lançamento o que torna nula a decisão de primeira instância; c) a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal o que torna nulo o lançamento em discussão; d) a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referentes aos meses de competência de abril, maio e junho de 1997; e, e) a inaplicabilidade da multa de ofício diante de tributação inconstitucional.

É o relatório.





Voto

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

As questões de mérito suscitadas no recurso voluntário se restringem à inconstitucionalidade do depósito recursal; à inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718; à decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos períodos de competência de abril, maio e junho de 1997; à suposta revisão de ofício do lançamento contestado que teria sido efetuada pela Autoridade Julgadora de 1ª Instância, e à multa de ofício.

I – Inconstitucionalidade do depósito recursal

O mérito desta questão ficou prejudicado e se encontra superado, tendo em vista que a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Ato Declaratório Interpretativo nº 09, de 05 de junho de 2007, em face do julgamento da ADIN nº 1.976, pelo Supremo Tribunal Federal, dispensou a exigência do referido depósito.

II – Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998

Inicialmente cabe esclarecer que, levando-se em conta que o lançamento em discussão teve como fundamento a LC nº 70, de 1991, c/c a Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º, 3º e 8º, e, ainda, que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional somente o § 1º do art. 3º desta lei, que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, não há que se falar em inconstitucionalidade da exação exigida, porque a base de cálculo utilizada não incluiu outras receitas, mas tão somente o faturamento, nos termos daquela LC.

No presente caso, conforme provam as planilhas às fls. 41/45, denominadas “Composição da Base de Cálculo-(Apuração Sintética)”, a base de cálculo apurada e tributada no lançamento em discussão abrangeu somente as receitas decorrentes de vendas de bens e de prestação de serviços. Outras receitas, tais como, financeiras, juros ativos, descontos obtidos, receitas não-operacionais, etc., não compuseram a base de cálculo do lançamento em discussão.

Assim, ficou prejudicada a suscitada inconstitucionalidade do art. 3º - na realidade do seu § 1º - da Lei nº 9.718, de 1998.

Além disto, a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência e a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 102, I, “a” e III, “b”, art. 103, § 2º; Emenda Constitucional nº 3, de 18, de março de 1993; CPC, arts. 480 a 482; RISTJ, arts. 199 e 200).

Aliás, esta é a posição deste Segundo Conselho de Contribuintes que, inclusive, já editou súmula sobre esta matéria, a de n° 02, reproduzida, *in verbis*:

"SÚMULA N° 02. O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."

III – Decadência

A contribuição para o PIS, como a maioria dos tributos, se insere no rol de lançamentos por homologação. Tal sistemática, como se sabe, encontra-se regulada no CTN, art. 150 § 4º, que é taxativo no sentido de fixar o prazo de 05 (cinco) anos para o exame da autoridade administrativa, com vistas à homologação ali referida, com ressalva prévia de seu caput: **"se a lei não fixar prazo à homologação"**.

Embora a Lei n° 8.212, de 1991, art. 45, tenha fixado o prazo de 10 (dez) anos para a Fazenda Pública exigir créditos tributários referentes às contribuições sociais, em face do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou inconstitucional aquele artigo e, ainda, da aprovação da Súmula Vinculante n° 08, na Sessão Plenária de 12 de junho de 2008, por aquela Corte Suprema, que assim estabelece, *in verbis*: **"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"**, aplica-se ao presente caso, em relação à decadência, o disposto no Código Tributário Nacional (CTN), 173, c/c o art. 150, § 4º, que assim determina, *in verbis*:

"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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

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.

(...)."

§ 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."

MF-SÉGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 28 / 11 / 08 <i>af</i> Marilda Cursino de Oliveira Mat. S/ape 81650
--

CC02/C03 Fls. 508

Assim sendo, o crédito tributário correspondente aos fatos geradores anteriores ao mês de competência de julho de 1997, deve ser excluído do lançamento, tendo em vista que, na data de sua ciência, pela recorrente, em 26 de julho de 2002, o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário correspondente aos períodos de competência anteriores àquele mês já havia decaído. No presente caso a dedução da parcela correspondente apenas aos meses de competência de abril e maio de 1997, uma vez que a parcela de junho já foi excluída no julgamento de primeira instância.

IV – Alteração do lançamento

Ao contrário do entendimento da recorrente, a Autoridade Julgadora de 1ª Instância, em seu julgamento, não alterou o lançamento nem o reviu de ofício.

O fato de ela ter analisado a impugnação interposta e ter acatado parte das razões de mérito expendidas por ela, deduzindo do lançamento impugnado os valores comprovadamente pagos e/ ou parcelados, não configura alteração do lançamento e/ ou a sua revisão de ofício.

Tanto a Autoridade Julgadora de 1ª Instância quanto a de 2ª Instância ao analisar as razões de mérito interpostas pelo sujeito passivo, respectivamente na impugnação e no recurso voluntário ou, ainda, tiver conhecimento de matéria não-suscitada, mas for de ordem pública e acatá-las, em favor do sujeito passivo, e que implique na exclusão de valores do lançamento contestado, deverá determinar a exclusão de tais valores, sem que isto configure revisão de ofício do lançamento. Tal determinação faz parte da decisão prolatada.

V – Multa de ofício

A razão de mérito suscitada no recurso voluntário contra a multa de ofício se restringiu ao argumento de que não poderia ser aplicada em face de tributação inconstitucional.

No entanto, conforme demonstrado a Cofins lançada e exigida teve fundamento na LC nº 70, de 1991, arts. 1º e 2º, c/c a Lei nº 9.718, de 1998, arts. 1º e 2º, ambas não-inquinadas de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

A multa no lançamento de ofício tem como objetivo punir o sujeito passivo pela prática de infrações tributárias (falta de lançamento, de declaração e de pagamento da contribuição) e tem como fundamento legal a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, que assim dispõe, *in verbis*:

"Art.44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)."


No presente caso, a requerente não pagou a Cofins, objeto do lançamento em discussão.

A exigência, no percentual de 75,0 % da contribuição lançada e exigida, está em consonância com a legislação de regência, não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos contrários ao princípio da legalidade.

Em face de todo o exposto, dou provimento parcial ao presente recurso voluntário, para excluir do lançamento as parcelas do crédito tributário dos meses de competência anteriores a julho de 1997 e respectivas cominações legais, mantendo as parcelas referentes aos demais meses de competência e respectivas cominações legais.

Sala das Sessões, em 08 de outubro de 2008


JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília	28, 11, 08
	
Marilda Cursino de Oliveira	
Mat. S/ape 91650	