

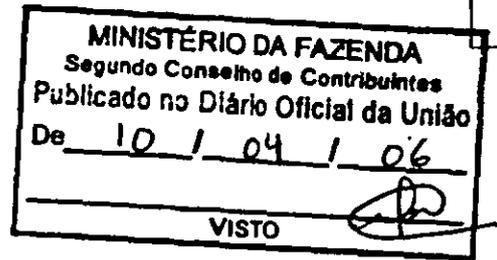


Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

Processo nº : 19515.000700/2003-83  
Recurso nº : 125.412  
Acórdão nº : 201-78.509

Recorrente : TELESP CELULAR S/A  
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP



**COFINS. FALTA DE PAGAMENTO E DECLARAÇÃO INEXATA.**

Ocorrente falta de pagamento e declaração inexata, cabível a retificação da declaração e o conseqüente lançamento de ofício do crédito tributário, com a aplicação da multa e a incidência dos juros de mora.

**JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC.**

A falta de pagamento de imposto no prazo legal sujeita a aplicação dos juros de mora, calculados com base na taxa Selic, nos termos da legislação vigente.

**COMPETÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

A instância administrativa carece de competência para discutir a suposta inconstitucionalidade de lei, cabendo-lhe tão-somente a sua aplicação, sob pena de responsabilidade funcional, por força do art. 142, parágrafo único, do CTN. Tal modalidade de discussão é reservada ao Poder Judiciário (art. 102, inciso I, "a", e III, "b", da Constituição Federal).

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TELESP CELULAR S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Sérgio Gomes Velloso. Fez sustentação oral, pela recorrente, a Dra. Raquel Iwase.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.

*Josefa Maria Coelho Marques*

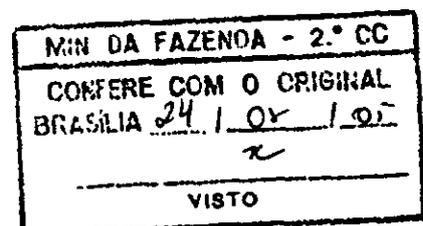
Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

*Walber José da Silva*

Walber José da Silva

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente), Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco e Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.000700/2003-83  
Recurso nº : 125.412  
Acórdão nº : 201-78.509

Recorrente : TELESP CELULAR S/A

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24 / 08 / 05
<i>lc</i>
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

## RELATÓRIO

Contra a empresa TELESP CELULAR S/A, já qualificada nos autos, foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de Cofins, no valor total de R\$ 18.759.794,75, relativa aos períodos de apuração de janeiro e fevereiro de 2000, tendo em vista a falta de recolhimento da exação sob o argumento de que o valor não compensado com a CSLL em 1999 poderia ser compensado integralmente com a Cofins devida no ano de 2000. Declarou tais valores com suspensão nas DCTF dos meses respectivos.

A empresa autuada tomou ciência do lançamento no dia 28/02/2003, conforme ciente apostado na primeira folha do auto de infração - fl. 90.

Inconformada, a interessada ingressou com a impugnação de fls. 98/120 alegando, em apertada síntese, que:

1 - seu procedimento está respaldado em liminar e sentença concedida em Mandado de Segurança, que lhe autorizava apurar e recolher a Cofins tal como determinava a Lei Complementar nº 70/91, ou seja, à alíquota de 2% sobre a receita bruta. Em decorrência, e de acordo com a decisão judicial, toda e qualquer quantia recolhida pela recorrente a título de Cofins que excedesse a 2% de seu faturamento seria considerada Cofins paga à maior ou indevidamente em relação ao disposto na medida liminar, passível, portanto, de compensação, na forma da legislação vigente;

2 - a sentença que manteve a liminar reconheceu expressamente seu direito à compensação pleiteada;

3 - diante da ordem judicial o lançamento deveria, no mínimo, ter sido lavrado com exigibilidade suspensa até a decisão final e definitiva nos autos do processo judicial. Ademais, a recorrente declarou tais valores na DCTF com a exigibilidade suspensa, não havendo nenhuma irregularidade em seu procedimento;

4 - não é cabível a aplicação da multa de ofício sobre créditos com exigibilidade suspensa - art. 63 da Lei nº 9.430/96;

5 - não é cabível a cobrança de juros de mora sobre crédito tributário com exigibilidade suspensa porque, simplesmente, não há mora;

6 - não é possível a utilização da taxa Selic para calcular os juros de mora, posto que esta tem caráter remuneratório e, por não está previsto em lei, o critério de apuração da taxa Selic colide com o artigo 161, § 1º, do CTN; e

7 - os valores recolhidos a maior pela recorrente por conta da majoração da alíquota da Cofins, determinada pela Lei nº 9.718/98, são indevidos, em face de sua manifesta inconstitucionalidade.

Ao final, solicita o cancelamento da exigência ou, subsidiariamente, sustação do processo até trânsito em julgado do Mandado de Segurança, mantendo-se suspensa a exigibilidade do crédito.

*lc*

*lc*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.000700/2003-83  
Recurso nº : 125.412  
Acórdão nº : 201-78.509

ANEXO A FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 24/07/05
AC
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

A 6ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP julgou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/SPOI nº 03.422, de 28/05/2003, cuja ementa abaixo transcrevo:

*"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*Período de apuração: 01/01/2000 a 28/02/2000*

*Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO*

*Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, 'ex vi legis'.*

*COMPENSAÇÃO DE 1/3 DA COFINS COM CSLL.*

*Segundo o § 3º do artigo 8º da Lei 9.718/98, da compensação efetuada não decorrerá, em nenhuma hipótese, saldo de COFINS a restituir ou compensar com o devido em períodos de apuração subseqüentes.*

*LIMINAR/SENTENÇA JUDICIAL.*

*A impugnante obteve liminar/sentença judicial para afastar a Lei 9.718/98 e aplicar a LC 70/91, porém optou por continuar a recolher a COFINS conforme a Lei 9.718/98 à alíquota de 3% e compensando 1/3 desta contribuição com a CSLL. Não pode o contribuinte, após usufruir de tal compensação, afastar a vedação do § 3º do art. 8º da Lei 9.718/98, com base na liminar/sentença obtidos, para compensar o saldo remanescente em períodos de apuração subseqüentes.*

*ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.*

*O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.*

*MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. Não estando presente quaisquer das hipóteses de suspensão previstas no caput do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, com nova redação dada pelo artigo 70 da Medida Provisória nº 2.158-34/01, é devido o lançamento da multa de ofício.*

*JUROS DE MORA. TAXA SELIC.*

*Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.*

*Lançamento Procedente".*

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 04/07/2003, conforme AR de fl. 187v.

Discordando da referida decisão de primeira instância, a interessada impetrou, no dia 31/07/2003, o recurso voluntário de fls. 192/215, onde reprisa os argumentos da impugnação e rebate os argumentos da decisão recorrida sobre a impossibilidade da análise, na esfera administrativa, da alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

Veio com o recurso voluntário a "Relação de Bens e Direitos para Arrolamento" - fl. 216, que está sendo controlada através do Processo nº 10880.007571/2003-11.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído no dia 12/04/2005, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 258.

É o relatório.

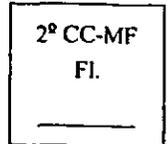
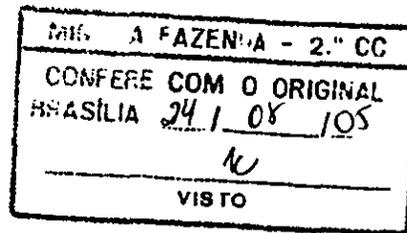
*[Assinatura]*

*[Assinatura]*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.000700/2003-83  
Recurso nº : 125.412  
Acórdão nº : 201-78.509



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
WALBER JOSÉ DA SILVA

O recurso voluntário é tempestivo, está instruído com a garantia de instância e atende às demais exigências legais, razão pela qual dele conheço.

Pretende a recorrente ver reformado o Acórdão recorrido para que seja cancelada a exigência ou que seja suspensa a exigibilidade do crédito lançado até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança referido no Relatório, com a exclusão dos juros de mora e da multa de ofício.

Como relatado, a recorrente obteve, em 10/06/99, decisão liminar proferida em sede de Mandado de Segurança assegurando-lhe o direito de efetuar o recolhimento da Cofins com alíquota de 2% estabelecida na LC nº 70/91 e suspendendo a exigibilidade da diferença da Cofins devida com base na Lei nº 9.718/98 e na LC nº 70/91.

Na mesma decisão liminar foi negado o pedido de compensação dos valores recolhidos a maior por força da Lei nº 9.718/98.

A sentença de mérito, proferida no dia 14/03/2001, manteve a decisão liminar e autorizou a compensação dos valores recolhidos a maior por força das alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/98, julgadas inconstitucionais.

A recorrente, por sua própria conta e risco, deixou de cumprir integralmente a decisão liminar e efetuou o recolhimento da Cofins utilizando a alíquota (3%) prevista na Lei nº 9.718/98, incidente sobre a receita de venda de mercadorias e serviços, unicamente.

Além disso, também compensou 1/3 do valor da Cofins para compensar débitos da CSLL, autorizada pela Lei nº 9.718/98, art. 8º, § 1º.

Mais ainda, o valor da Cofins recolhida que não foi compensado com a CSLL no ano de 1999, a recorrente alega que utilizou para compensar toda Cofins de janeiro de 2000 e parte da de fevereiro 2000, devida com base na Lei Complementar nº 70/91, assegurado pela liminar concedida em Mandado de Segurança.

A compensação em tela era expressamente vedada pela Lei nº 9.718/98 (art. 8º, § 3º).

Na DCTF, a recorrente declarou os valores acima como suspensos por decisão judicial. Se efetivamente fez a compensação, deveria ter declarado como compensados com supostos créditos de Cofins do ano de 1999.

Se houve erro no preenchimento da DCTF e a recorrente efetivamente efetuou a compensação com os valores recolhidos com base na Lei nº 9.718/98, o fez sem nenhum respaldo legal, posto que a decisão liminar, vigente à época do vencimento da Cofins de janeiro e fevereiro de 2000, negou expressamente o pedido de compensação da recorrente. *Verbis:*

*"O pedido de compensação dos valores recolhidos com outros débitos não apresenta o requisito do periculum in mora, razão por que não pode ser deferido em sede de liminar, especialmente tendo em vista o teor da Súmula 212 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça."*

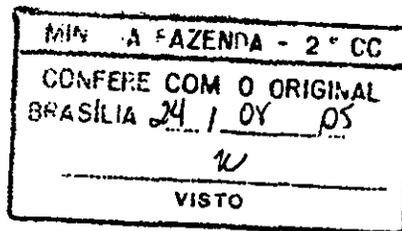
*WJS*

*WJS*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.000700/2003-83  
Recurso nº : 125.412  
Acórdão nº : 201-78.509



A suposta compensação que a recorrente diz ter efetuado, se de fato ocorreu, não tinha respaldo nem na lei e nem em decisão judicial vigente à época do vencimento da exação e da apresentação da DCTF.

Se a DCTF tivesse sido apresentada com a informação de que a Cofins devida com base na LC nº 70/91 havia sido extinta pela compensação, ainda assim deveria a Fiscalização efetuar sua glosa para tornar exigível o crédito tributário.

O que ocorreu, de fato, é que a recorrente declarou na DCTF que os débitos da Cofins objeto do lançamento de ofício estavam suspensos por decisão judicial, o que não é verdade e, por esta razão, tem a Fiscalização o dever de retificar a referida DCTF e efetuar o lançamento de ofício para exigir o pagamento da exação, com os conseqüentes acréscimos legais: multa de ofício e juros de mora.

Engana-se a recorrente quando afirma que, diante da ordem judicial, o lançamento deveria ter sido lavrado com a exigibilidade suspensa. Nem a decisão liminar nem a sentença de mérito suspendem a exigibilidade da Cofins devida com base na LC nº 7/70, objeto do auto de infração. A parcela excedente a este valor, sim, é que está com a exigibilidade suspensa e, por isso mesmo, não foi objeto deste lançamento de ofício.

Também não merece guarida o argumento da recorrente de que não é possível o lançamento da multa de ofício e dos juros de mora. Primeiro porque seu raciocínio parte do pressuposto de que os débitos estão com a exigibilidade suspensa, o que não é verdade; segundo porque estão presentes todos os pressupostos fáticos para aplicar tanto a multa de ofício como os juros de mora, nos exatos termos dos artigos 44, inciso I, e 61, § 3º, ambos da Lei nº 9.430/96, quais sejam: falta de pagamento e declaração inexata.

Quanto à aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, inicialmente devo esclarecer que, na qualidade de tribunal administrativo tributário, tem este Colegiado competência única e exclusivamente vinculada à observância da correta aplicação e interpretação da legislação tributária, faltando-lhe competência para afastar a aplicação de normas suspeitas de vício de inconstitucionalidade, tarefa reservada única e exclusivamente ao Poder Judiciário.

Como bem disse o julgador monocrático, a utilização da taxa Selic para o cálculo dos juros de mora tem previsão legal e, pelo que sei, até agora o STF não declarou a inconstitucionalidade dessas normas. Não há razão para retificar o lançamento, neste particular, posto que a autoridade lançadora bem aplicou a legislação sobre a matéria.

No que se refere à alegada inconstitucionalidade dos art. 3º e seu § 1º e, bem assim, do art. 8º, ambos da Lei nº 9.718/98, cumpre registrar que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal - art. 102, I, "a", e III, da CF de 1988. Em assim sendo, é defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegação de inconstitucionalidade da lei que fundamenta o ato administrativo, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Isto porque, a decisão de não aplicá-la ao caso concreto, até por razão lógica, é precedida de um juízo e conseqüente declaração: o reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado.

Ora, se irrecorrível, a decisão administrativa favorável ao sujeito passivo tem o poder de colocar fim à lide e, portanto, a inconstitucionalidade reconhecida nesta esfera torna-se

*J. J. J.*

*W.* 5



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24 / 07 / 05
W
VISTO

2ª CC-MF
FL
_____

Processo nº : 19515.000700/2003-83  
Recurso nº : 125.412  
Acórdão nº : 201-78.509

definitiva, posto que esta deliberação não será submetida ao crivo revisional colocado sob guarda do Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, transcrevo trechos do brilhante voto da ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, proferido no Acórdão nº 302-34.938, Recurso nº 121.727, da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que, embora trate de outra lei, aplica-se perfeitamente ao presente recurso:

*"Antes de mais nada, é preciso que o contribuinte seja esclarecido sobre as diferentes funções por meio das quais o poder é exercido pelo Estado. São elas as funções Legislativa, Executiva e Judiciária. Embora o poder 'poderes', cada qual com suas atribuições constitucionalmente definidas. Trata-se da clássica doutrina da independência e harmonia dos poderes, preconizada por Montesquieu.*

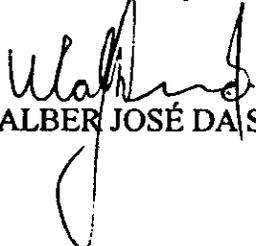
*Assim, cabe ao Poder Legislativo elaborar as normas jurídicas, e ao Poder Judiciário controlar a sua constitucionalidade e legalidade. Ao Poder Executivo cabe, tão-somente, aplicar as leis vigentes, sendo-lhe defeso afastar os efeitos das normas legais, ainda que estas tenham sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, o que não é o caso da Lei nº 8.847/94, nem de qualquer outro ato que tenha servido de base ao lançamento em tela.*

*Destarte, a presunção é de que as normas jurídicas gozem de constitucionalidade e legalidade, enquanto não sejam alvo de manifestação em contrário por parte do Poder Judiciário ou do Senado Federal. Como já foi dito, nenhum dos dispositivos legais que sustentou o lançamento do ITR/94 foi declarado inconstitucional ou teve suspensa a sua aplicação pelo Senado Federal.*

*Nesse contexto, caberia ao julgador singular tão-somente explicitar o caminho legal trilhado pela Administração Tributária para chegar até o lançamento questionado, o que foi feito com esmero".*

Em face do exposto, e por tudo o mais que do processo consta, meu voto é para negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.

  
WALBER JOSÉ DA SILVA

*W*