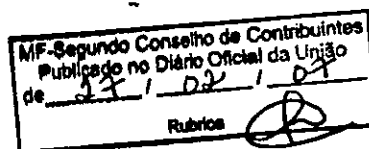




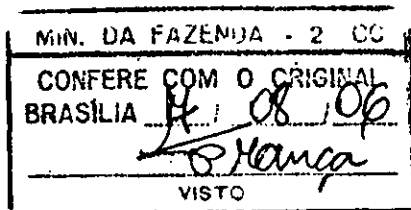
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 19515.001878/2004-22
Recurso nº : 132.242
Acórdão nº : 204-01.398

Recorrente : COMPANHIA PERNAMBUCANA DE ALIMENTAÇÃO
Recorrida : DRJ em São Paulo I - SP



NORMAS PROCESSUAIS.

CONCOMITÂNCIA. Refoge competência aos órgãos julgadores administrativos para adentrarem no mérito de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de afronta à coisa julgada, assim como lhes falece competência para apreciar incidente de inconstitucionalidade acerca de norma válida, vigente e eficaz.

SELIC. É legítima a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCATORIEDADE. A multa aplicada pelo fisco decorre de previsão legal eficaz, descabendo ao agente fiscal perquerir se o percentual escolhido pelo legislador é exacerbado ou não. Para que se afira a natureza confiscatória da multa é necessário que se adentre no mérito da constitucionalidade da mesma, competência esta que não têm os órgãos administrativos julgadores.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMPANHIA PERNAMBUCANA DE ALIMENTAÇÃO.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2006.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Jorge Freire
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Raquel Motta B. Minatel (Suplente), Júlio César Alves Ramos, Leonardo Siade Manzan e Ivan Allegratti (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 14/08/06
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 19515.001878/2004-22
Recurso nº : 132.242
Acórdão nº : 204-01.398

Recorrente : COMPANHIA PERNAMBUCANA DE ALIMENTAÇÃO

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento de ofício de Cofins relativo aos períodos de apuração fevereiro de 1999 a outubro de 2003, ao fundamento que o contribuinte entendia que a tributação daquela contribuição se dava com base no lucro real, conforme postula no Mandado de Segurança nº 2001.83.00.021310-3, e que não incidia sobre as receitas financeiras, pela alegada inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, ao alargar a base imponible. O lançamento, conforme Termo de fls. 85-88, teve por objeto constituir o crédito tributário sobre tais diferenças e quando de sua ciência não havia causa impeditiva da exigibilidade do crédito tributário nele representado.

Mantido o lançamento pela r. decisão (fls. 299/318), foi interposto o presente recurso, no qual, em suma, alega a empresa, em preliminar que o lançamento seria nulo por ter ultrapassado o prazo legal para o encerramento da fiscalização e que ela não pode exercer o direito readquirido à espontaneidade porque seus livros estariam de posse do agente fiscal. Postula, igualmente, a nulidade do lançamento em face ao alegado cerceamento do direito de defesa porque o "autuante não foi claro na descrição dos fatos que ele apurou como sendo infração por parte da recorrente". Argúi, ainda, a nulidade da r. decisão por não ter esta deferido o pedido de perícia, o que também teria cerceado seu direito de defesa, e por não ter ela sobrestado o presente feito até o trânsito em julgado no processo que versa sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718, que aguarda o julgamento do RE 419.903-3 no STF.

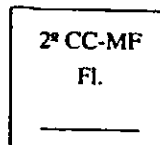
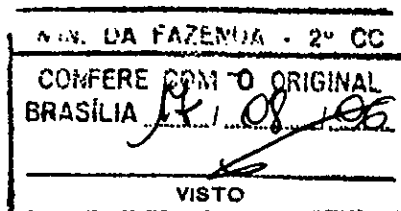
De outro turno, entende que a impetração de mandado de segurança não implica renúncia às instâncias administrativas, desta forma não impedindo a apreciação de suas alegações de mérito no que tange ao ferimento ao princípio da isonomia quanto ao tratamento diferenciado entre pessoas jurídicas de direito privado, mais especificamente as revendas de veículos usados, agências de viagens, cooperativas e instituições financeiras cuja tributação da COFINS se dá pelo lucro real. Insurge-se contra a cobrança da Cofins sobre receita financeira, alegando, em síntese, a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.718, ao alargar a base imponible da vergastada contribuição social. Aponta erro no cálculo da exação por excesso na autuação, que não poderia, a seu juízo, abranger "períodos em que a recorrente estava sob o respaldo de liminar favorável proferida por juiz Federal", sustentando que quem está albergado por liminar não incorre em mora, "no sentido de ato ilícito". Finaliza seu arrazoado pugnando que não pode a taxa Selic ser aplicada como juros de mora sobre débitos de natureza fiscal e que a multa, no percentual aplicado, infringe o princípio da proporcionalidade, podendo "levar à aplicação de multas confiscatórias".

Foi arrolado bem (fls. 385/400) para recebimento e processamento do recurso.

É relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19515.001878/2004-22
Recurso nº : 132.242
Acórdão nº : 204-01.398

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JORGE FREIRE

PRELIMINARES

As preliminares, rechaço. Entendo que não há prazo para uma ação fiscalizatória, ao menos em lei. Os prazos dos mandados de procedimento fiscal (MPF), não interferem, por si só, nos prazos estabelecidos no Decreto nº 70.235/72, norma regente do procedimento fiscal. Iniciada a auditoria fiscal, cujo primeiro ato de ofício, para os efeitos do artigo 7º daquele decreto, pode ser a ciência de um MPF, está excluída a espontaneidade do contribuinte, desde que o Fisco, no prazo do parágrafo 2º do referido artigo 7º, não demonstre a continuidade do procedimento fiscal. Em resumo, a ação fiscal, para os efeitos da lei que rege o procedimento e processo em relação aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, prescinde da existência de MPF, quanto mais de seu prazo de validade.

Contudo, escoado aquele prazo (artigo 7º, § 2º), *ipso facto* o sujeito passivo da relação material tributária terá readquirido a espontaneidade a que se refere o artigo 138 do CTN. Porém, não exercido tal direito, não haverá qualquer coima de ilegalidade no lançamento que vier a ser levado a efeito e cientificado posteriormente. E, com a devida *vênia*, não vejo como a recorrente, consoante alega, não tenha disposto de meios para exercer a espontaneidade, uma vez que a discussão de fundo desta exação, a tributação sobre o lucro líquido e a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718, já eram matérias discutidas judicialmente.

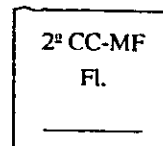
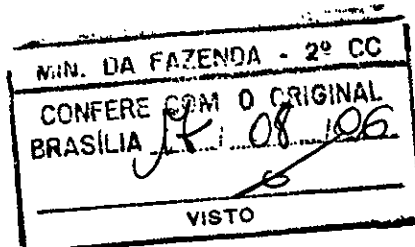
A outra nulidade argüida em relação ao lançamento seria que o mesmo não teria sido claro na descrição dos fatos, ensejando o cerceamento ao seu direito de defesa. Improcede a alegação. Primeiro, porque a alegação de cerceamento de direito de defesa é matéria casuística, e, justamente por isso, é ônus de quem o alega demonstrar analiticamente como e em que medida houve afronta aquele direito, tratando-se de nulidade relativa que o é. Não houve qualquer início de prova nesse sentido, restringindo-se a exercício retórico. Segundo, porque os fatos são muito claros nestes autos. Cobra o Fisco aquilo que a recorrente, dentro do seu direito, resiste em pagar. E justamente por tal pretensão resistida é que, legitimamente e antes da ciência do lançamento, ajuizou os dois *writs of mandamus*, já referidos. E lendo os itens A e B do Termo de Verificação Fiscal, conclui-se que os fatos foram bastante bem descritos. E mais, intimada a manifestar-se sobre as diferenças apuradas no curso da ação fiscal, a recorrente quedou-se silente.

Com efeito, o lançamento não padece de qualquer vício que possa ensejar a decretação de sua nulidade. E quando a nulidade apontada refere-se exclusivamente ao lançamento não há que falar-se em anular a decisão que o mantém, motivadamente.

Também não identifico vício na r. decisão ao denegar o pedido de perícia. O mesmo só deve ser deferido quando os elementos não estiverem de posse do autuado ou quando requeira-se conhecimento técnico específico. Ora, qual conhecimento técnico específico necessitado para identificarmos o que já é sabido pelos próprios termos da motivação do lançamento? Nenhum. Nada obstante, só há que se falar em vício de decisão que nega o pleito de perícia se a negativa for desmotivada, o que não se deu no presente caso, pois no item 51 da r. decisão está devidamente motivada sua denegação, que se deu porque o pleito foi genérico, não atendendo aos requisitos do inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, pelo que, na forma



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19515.001878/2004-22
Recurso nº : 132.242
Acórdão nº : 204-01.398

do § 1º do mesmo artigo, considera-se como não formulado tal pleito. Pelos mesmos motivos, entendo absolutamente desnecessário para o deslinde da controvérsia a perícia, até porque não sei nem qual seria seu escopo.

De igual sorte, não identifico vício na r. decisão por não ter atendido o pleito de sobrestamento do presente processo até decisão final do processo judicial em que se discute a questão do alargamento da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718. Se o crédito é exigível, como no caso vertente, a autoridade tributária não só não deve como mesmo não pode determinar o sobrestamento, sob pena de responsabilização, pois ele implicaria no retardamento da cobrança do crédito, o que pode gerar ilícito civil e penal para o agente encarregado de sua cobrança.

Por tais considerações, repilo as preliminares pugnadas.

MÉRITO

Quanto ao mérito a questão é assaz clara, pois o que se cobra é a Cofins sobre as diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados. Entre fevereiro de 1999 a dezembro do mesmo ano referem-se às receitas financeiras, cuja diferença a empresa, em 23/07/2004 foi intimada a comprovar sua inclusão na base impositiva da Cofins mediante documentação hábil, mas não foi apresentada nenhuma justificativa nesse sentido. Já entre outubro de 2001 a outubro de 2003, intimada (em 30/06/2004 e 21/07/2004) a apresentar justificativa acerca das "outras exclusões" a que se reporta o quadro da fl. 86, igualmente não se deu ao trabalho de apresentar qualquer justificativa.

Todavia, sabido agora que tais diferenças se referem ao mérito que a empresa litiga no Judiciário, como já anotado. E, mais uma vez, sem reparos a r. decisão que não adentrou no mérito das questões postas ao conhecimento daquele Poder. Cediço nos Conselhos de Contribuintes que a matéria submetida ao Judiciário afasta a competência cognitiva, acerca do mesmo mérito, pelas autoridades administrativas, sob pena de afrontarem à coisa julgada, ínsita somente às decisões judiciais, decorrência lógica do inciso XXXV do artigo 5º da nossa Carta Política.

Dessarte, estando a postulação do contribuinte que deve recolher a Cofins sobre o lucro líquido, fundado no princípio da isonomia (uma vez que essa seria a forma de cálculo da contribuição de alguns setores econômicos financeiro, agências de viagens, revenda de veículos usados, etc.), submetida à apreciação do Judiciário, afastada está a competência da administração tributária para sobre ela manifestar-se. No entanto, a fim de evitar os efeitos preclusivos da decadência, nada impede que sobre o valor controvertido seja constituído o crédito tributário, mesmo estando com sua exigibilidade suspensa, quanto mais quando não houver tal restrição, como é o caso sob exame.

Pelos mesmos motivos, não se conhece acerca da postulada inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.718, pois a matéria encontra-se, inclusive, à espera de apreciação pelo STF. Caso não fosse tal *questio* discutida no Judiciário, não seria conhecida por outro motivo, qual seja, a de que aos órgãos julgadores administrativos falece competência para apreciar incidente de inconstitucionalidade de norma válida, vigente e eficaz.

Também entendo por despropositada o argumento da recorrente que uma vez deferida liminar proibindo a cobrança do tributo por determinado mérito, mesmo revogada esta,

4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.001878/2004-22
Recurso nº : 132.242
Acórdão nº : 204-01.398

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 18/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

não poderia haver cobrança de tributo sobre a situação amparada por medida liminar, mesmo que posteriormente a sentença de mérito venha a denegar a segurança, como se deu no caso da cobrança sobre o lucro operacional bruto, objeto do Processo Judicial nº 2001-83.021310-3, cuja sentença denegatória foi mantida pelo TRF da Quinta Região. Parece-me que o juízo preliminar, que por natureza é perfunctório, na visão da recorrente tem mais valor que o juízo de mérito quando a prestação jurisdicional é entregue. Por isso, entendo descabido o apregoador erro nos cálculos/impossibilidade de cobrança de multa em razão de deferimento de liminar em sede de mandado de segurança.

Igualmente, há de ser refutada à alegada proporcionalidade/confiscatoriedade da multa aplicada. Primeiro porque descabe à Administração adentrar no mérito da constitucionalidade de determinada norma em plena vigência. E, segundo, porque a norma constitucional apontada como afrontada não se refere à penalidade quando diz respeito ao confisco, mas sim a tributo, e não precisamos nos alongar para concluir que a multa de ofício aplicada não tem natureza de tributo. Quanto à proporcionalidade, igualmente a matéria refoge à competência da Administração, uma vez válida, vigente e eficaz o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que impõe a multa aplicada.

Por fim, no que tange à arguição da ilegalidade da utilização da taxa Selic como juros moratórios e limitação dos juros à taxa de 1% ao mês, também é de ser rechaçada, ficando prejudicada a arguição de vedação de sua aplicação retroativa, eis que mantido o lançamento somente a partir de janeiro de 1996.

À Administração em sua faceta autocontroladora da legalidade dos atos por si emanados os confronta unicamente com a lei, caso contrário estaria se imiscuindo em área de competência do Poder Legislativo, o que é até mesmo despropositado com o sistema de independência dos poderes.

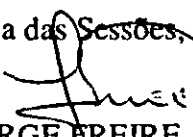
Portanto, ao Fisco, no exercício de suas competências institucionais, é vedado perquirir se determinada lei padece de algum vício formal ou mesmo material. Sua obrigação é aplicar a lei vigente. E a taxa de juros remuneratórios de créditos tributários pagos fora dos prazos legais de vencimento foi determinada pelo artigo 13 da Lei nº 9.065/95. Sendo assim, é transparente ao Fisco a forma de cálculo da taxa que o legislador, no pleno exercício de sua competência, determinou que fosse utilizada como juros de mora em relação aos créditos tributários da União.

Dessarte, a aplicação da taxa Selic com base no citado diploma legal, combinado com o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, não padece de qualquer coima de ilegalidade.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2006.


JORGE FREIRE