



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº 10073.000289/2002-37
Recurso nº 134.735 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 204-03.467
Sessão de 07 de outubro de 2008
Recorrente ORGANIZAÇÕES FERNANDES DE SOUZA LTDA.
Recorrida DRJ em Belo Horizonte/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/05/1998 a 21/12/2000

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

Importa em renúncia à instância administrativa a propositura pela contribuinte de ação judicial com o mesmo objeto.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE AFASTADA.

Não cabe às autoridades administrativas analisar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de legislação infraconstitucional, matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme disposto no art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal. Também incabível às mesmas autoridades afastar a aplicação de atos legais regularmente editados, pois é seu dever observá-los e aplicá-los, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente


ALI ZRAIK JUNIOR

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Sílvia de Brito Oliveira, Marcos Tranchesi Ortiz e Leonardo Siade Manzan.



Relatório

Por bem tratar sobre a matéria, adoto o relatório da DRJ.

Lavrou-se contra o contribuinte acima identificado o presente Auto de Infração (fls. 158/161), relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, totalizando um crédito tributário de R\$ 2.851.346,01, incluindo multa e acréscimos regulamentares, correspondente aos períodos de 31/05/1998 a 31/12/2000 (fls. 240/242).

A autuação ocorreu em virtude de divergências entre os débitos apurados de acordo com as bases de cálculo informadas pelo contribuinte e os valores depositados judicialmente, nos períodos acima identificados, conforme o Termo de Constatação Fiscal, de fls. 237/238, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 144, 146 e 148.

Foi constatado que a empresa vinculou os débitos de Cofins, a partir de maio/1998, à exigibilidade suspensa, em função da Ação declaratória com pedido de Tutela Antecipada nº. 98.0503919-6 (fls. 02/47), impetrada perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, na qual houve o indeferimento da tutela solicitada e o pedido julgado improcedente, sendo deferido o depósito das parcelas de Cofins. Nesse processo judicial a impetrante requer o reconhecimento do seu direito de não recolher a Cofins e o Pis sobre a receita de conta alheia relacionada com a venda de produtos farmacêuticos ao consumidor final (fl. 24).

Como enquadramento legal, foram citados: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº. 70/91, com as alterações da Medida Provisória nº. 2.158/01; e arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº. 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº. 2.113/01 e suas reedições, e da Medida Provisória nº. 2.158/01.

Irresignado, tendo sido cientificado em 07/03/2002 (fl. 159), o autuado apresentou, em 05/04/2002, acompanhados dos documentos de fls. 209/254, as suas razões de defesa (fls. 165/208), a seguir resumidas:

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente Auto de Infração, descreve inicialmente as operações que desenvolve, com o fim de demonstrar o seu direito de excluir da base de cálculo da Cofins os valores repassados a terceiros, ou seja, de conta alheia. Explica que quando adquire os produtos dos fabricantes e das distribuidoras, pagando-lhes no ato da compra, há uma dupla incidência das contribuições, uma manifesta bi-tributação: primeiro, quando o produto sai da indústria, e, segundo, quando chega às mãos do consumidor final. Assim, a cobrança dos tributos está recaindo sobre uma receita bruta que não lhe pertence no total, pois apenas a margem de ganho sobre a venda dos produtos constitui receita própria.

Transcreve decisão em processo de consulta da Superintendência Regional da Receita federal da 7ª Região, cuja conclusão esclarece que a receita bruta da pessoa jurídica que realiza venda de mercadoria em consignação é constituída apenas do resultado do seu ganho, ou seja, da sua margem de ganho, situação que considera análoga a que vivencia.

Discorre sobre a violação, no presente caso, aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do não-confisco, da isonomia e da não-cumulativa do PIS e da Cofins.

Aduz que a lei nº. 9.718/98, tentando corrigir a situação, determinou expressamente a exclusão, da base de cálculo o PIS e da Cofins, dos valores computados como receita que tivessem sido transferidos para outra pessoa jurídica, excluindo do mundo jurídico a dupla tributação de uma mesma receita.

O art. 3º, § 2º, III, in fine, que exige norma regulamentadora expedida pelo Poder Executivo para que se proceda a referida exclusão da base de cálculo, afronta o princípio da estrita legalidade tributária (art. 5º, II, e 150, I, da Constituição, e art. 97, I, II e IV, do CTN), na medida em que se transfere ao poder Executivo a responsabilidade para fixar a base de cálculo do PIS e da Cofins. Sobre o assunto, transcreve entendimentos doutrinários e jurisprudência dos tribunais. Dessa forma, pelo fato de estar completamente descrita a redução da base de cálculo das contribuições, com todos os seus elementos essenciais, tem-se que esta norma é imediatamente aplicável, ou auto-executável, na data de entrada em vigor da Lei nº. 9.718/98.

Em seguida, questiona a constitucionalidade da majoração da base de cálculo e da alíquota da Cofins pela Lei nº. 9.718/98, citando diversos entendimentos doutrinários. Requer, ao final, que os valores apurados a partir de fevereiro de 1999 sejam calculados conforme determina a Lei Complementar nº. 70/1991.

Argumenta que alguns depósitos judiciais foram omitidos pelo fiscal. De acordo com as guias que anexa, informa que depositou para os períodos 09/1998, 10/1998 e 03/1999, respectivamente, as seguintes quantias: R\$ 12.814,03, R\$ 12.726,26 e R\$ 4.891,32, devendo ser reduzidos os débitos correspondentes a esses períodos.

Aduz que a multa aplicada, equivalente a 75%, ofende o princípio constitucional do não-confisco, previsto implicitamente no art. 5º, XXII, da Constituição. Sobre o assunto, transcreve entendimento doutrinário e jurisprudência dos tribunais.

Insurge-se contra a possibilidade de aplicar-se a Selic como taxa de juros de mora, solicitando ser aplicada a orientação exarada pelo Poder Judiciário na decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da adoção da taxa Selic para fins tributários, a qual transcreve.

Sobreveio a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, que declarou, por unanimidade de votos, definitiva a exigência discutida no que concerne à matéria objeto de ação judicial, e julgou procedente em parte o lançamento no

que concerne à matéria diferenciada, nos termos do relatório e voto. Cite-se os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido, consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins.

Período de apuração: 31/05/1998 a 31/12/2000

Ementa: A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes e posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

A arguição de ilegalidade e de inconstitucionalidade não é oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência.

No caso de lançamento de ofício, o autuado está sujeito ao pagamento de multa sobre os valores do tributo e contribuições devidos, nos percentuais definitivos na legislação de regência.

As normas reguladoras dos juros de mora que determinam a aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se disciplinadas em lei.

Impugnação Não Conhecida

Inconformada com a decisão de Primeira Instância, interpôs a Recorrente, tempestivamente, o presente Recurso Voluntário. Na oportunidade, reiterou os argumentos coligidos na sua defesa inaugural.

Foram os autos encaminhados a este Segundo Conselho de Contribuintes para análise e parecer.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ALI ZRAIK JUNIOR, Relator

Trata-se de Auto de Infração de fls. 158/161, consubstanciado na divergência entre os débitos, pertinentes à Cofins, apurados conforme as bases de cálculo informadas pelo contribuinte e os valores depositados judicialmente, totalizando um crédito tributário de R\$ 2.851.346,01, incluindo multa e acréscimos regulamentares, relativo aos períodos de 31/05/1998 a 31/12/2000, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em função de Ação Declaratória com pedido de tutela antecipada impetrada pela Contribuinte perante a Justiça Federal.

Insta consignar que a matéria em cotejo é objeto de ação judicial, impedindo a manifestação por parte deste Conselho, mormente porque a decisão administrativa é inócua perante a decisão prolatada pelo Poder Judiciário.

Outrossim, não há norma legal que faculte expressamente ao Contribuinte enfrentar a matéria em duas esferas distintas, Poder Judiciário e Poder Executivo.

Dito isto, a opção pela via judicial importa em desistência do processo administrativo conforme determinação do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal, *verbis*:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.” (Grifo)

Pois bem, do que se infere do bojo dos autos, vê-se que a matéria demandada na esfera administrativa é a mesma discutida no âmbito judicial, o que importa em renúncia da Recorrente pela via administrativa, pois o sistema jurídico não admite que uma mesma questão seja examinada e tenha decisões exaradas por órgãos jurisdicionais diversos e, porque, não há base legal, que sustente a tese da possibilidade de uma discussão coexistir na ordem administrativa e judicial.

Nesse sentido, Súmula nº 01 deste Segundo Conselho, *verbis*:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Ainda no contexto, é a jurisprudência deste Conselho de Contribuintes:

NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO E AÇÃO JUDICIAL – SUPERVENIENTE À INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE OFÍCIO - A impetração de Ação Judicial para discussão da mesma matéria tributada no Auto de Infração, importa em renúncia ao litígio administrativo, impedindo o conhecimento do mérito do recurso, resultando em constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa, mesmo que a impetração tenha se dado posteriormente à recurso de ofício interposto. Recurso de ofício provido. (Acórdão nº 101-94978, Rel. Conselheiro Caio Marcos Cândido, Sessão de 18/05/2005).

NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS NA VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - PREVALÊNCIA DA UMA JURISDICTIO - No aparente conflito entre magnos princípios a autoridade administrativo-julgadora deverá sopesar e optar por aquele que tenha maior força frente as peculiaridades do caso sub judice, a fim de a decisão assegurar as garantias individuais e realizar a segurança jurídica através do respeito à coisa julgada e à ordem constitucional, aqui revelado pelo prestígio a unicidade de jurisdição.

Na concomitância de processos na via administrativa e judicial, o óbice para que a instância administrativa se manifeste não decorre da simples propositura e coexistência de processos em ambas as esferas, ele somente exsurge quando houver absoluta semelhança na causa de pedir e perfeita identidade no conteúdo material em discussão. (Acórdão 103-20865, Rel. Conselheira Mary Elbe Gomes Queiroz, Sessão de 20/03/2002).

Feitas essas considerações, desnecessário adentrar o mérito da demanda em face da renúncia da Contribuinte em ver apreciada a matéria na esfera administrativa ao fazer a opção pela via judicial, isto porque, ao submeter ao Judiciário as questões neste discutidas não deve este Colegiado emitir qualquer pronunciamento, sob pena de divergirem entre si os órgãos judicantes, ferindo-se, por conseguinte, os princípios da segurança jurídica e da unicidade de jurisdição consagrados pela Constituição Federal.

Arguição de Inconstitucionalidade

Insta consignar que não compete às instâncias administrativas de julgamento apreciar ou manifestar-se sobre matéria referente à inconstitucionalidade de leis ou ilegalidade de atos normativos regularmente editados, uma vez que esta competência é exclusiva do Poder Judiciário, conforme constitucionalmente previsto no art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal.

Acresça-se que a matéria, inclusive, já foi objeto de diversos atos legais e infralegais. No âmbito da Secretaria da Receita Federal, sobreveio o Parecer Normativo da Coordenação do Sistema de Tributação, sob nº. 329/70, o qual regulamentava que *"a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional"*.

Imperioso, igualmente, destacar que a Portaria MF nº 103/2002 alterou os Regimentos Internos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda para impedir que aqueles órgãos afastem, em virtude de inconstitucionalidade, a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, exceto quando tratar-se de ato já declarado inconstitucional ou de autorização pelo Presidente da República de extensão dos efeitos jurídicos de decisão sobre a mesma matéria, ou de ato que embase a exigência de crédito tributário cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal ou, ainda, de ato que tenha sido objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal.

Registre-se, ainda, que os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda vêm adotando a tese de que a questão relativa à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não pode ser enfrentada pelo julgador administrativo, o que não impede, no entanto, que aqueles órgãos de julgamento, em casos específicos, neguem a aplicação de norma legal, com base em critérios de hermenêutica.

Todavia, *in casu*, os julgadores estão adstritos a, no máximo, afastar a aplicação de lei ou ato normativo, mas sem declarar sua inconstitucionalidade.

Assim, resta prejudicada a tese de inconstitucionalidade/ilegalidade suscitada.

De igual modo, é o posicionamento desta Turma de Julgamento, que impede a apreciação do argumento de inconstitucionalidade da taxa de juros, Selic, aplicada pelo Fisco. Pois bem, às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente. Outrossim, é competência exclusiva do Poder Judiciário a apreciação de ilegalidade de tais normas.

Ante o exposto, o voto deste Conselheiro é no sentido de julgar IMPROCEDENTE o Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a decisão da DRJ, não apreciando o mérito, em face de identidade do objeto com ação judicial.

Sala das Sessões, 07 de outubro de 2008.


ALI ZRAIK JUNIOR