



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 12 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Recorrente : DROGAJATO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nesta esfera, a discussão da matéria de mérito debatida no âmbito da ação judicial.

NULIDADE. COMPETÊNCIA LEGAL. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. Não cabe ao Conselho de Contribuintes afastar a aplicação da lei em virtude de suposta agressão a princípios doutrinários, sendo a competência dos órgãos administrativos matéria disciplinada legalmente.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. 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.

INTERPRETAÇÃO DE LEI. Somente se interpreta da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto aos aspectos elencados no artigo 112 do CTN, a lei tributária que define infrações ou lhe comine penalidade.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS. As provas devem ser apresentadas na forma e no tempo previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Preliminares rejeitadas.

COFINS. MULTA DE OFÍCIO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e provido parcialmente na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DROGAJATO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar as preliminares de nulidade



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

da decisão recorrida e de inconstitucionalidade; e b) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, em 19 de março de 2003


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Ausente, justificadamente, Renato Scalco Isquierdo.

Imp/cf



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Recorrente : **DROGAJATO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.**

RELATÓRIO

Por bem expressar os fatos, adoto o Relatório da decisão recorrida, da qual extraio, resumidamente, a descrição da situação em análise.

O auto de infração foi lavrado por falta de recolhimento da COFINS, conforme o Termo de Encerramento de Ação Fiscal à fl. 07.

À fl. 41, a autuada, a seu tempo, apresenta impugnação, alegando:

- nulidade, pelo enquadramento legal que considera confuso;
- inconstitucionalidade da Lei nº 9718/98 e da Taxa SELIC;
- que o Fisco não considerou compensação com créditos que detém a contribuinte; e
- que é o caso da aplicação, em caso de dúvida, do artigo 112 do CTN, que se refere à interpretação mais favorável ao contribuinte.

A DRJ em Recife - PE ementou da seguinte forma a sua decisão:

“Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando as alegações não condizem com a realidade dos fatos e não estão presentes outras hipóteses de nulidade.

DESISTÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

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

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

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.

JUROS DE MORA/TAXA SUPERIOR A UM POR CENTO AO MÊS. POSSIBILIDADE.



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

É válida a imposição de juros de mora à taxa superior a 1% (um por cento) ao mês, quando há previsão nesse sentido.

COMPENSAÇÃO.

A compensação é opção do contribuinte. O fato deste ser detentor de créditos junto à Fazenda Nacional não invalida o lançamento de ofício relativo a débitos posteriores, quando não restar comprovado ter exercido a compensação antes do início do procedimento de ofício.

COMPENSAÇÃO. COMPETÊNCIA.

Às Delegacias da Receita Federal de Julgamento só compete julgar pedido de compensação quando já tenha sido apreciado pela Delegacia da Receita Federal, diante da manifestação de inconformidade do contribuinte.

LANÇAMENTO PROCEDENTE”.

Inconformada, a empresa apresentou, tempestivamente, recurso a este Colegiado, à fl. 137, onde repisa os argumentos expendidos na impugnação, ressaltando que:

- mesmo estando sendo discutida judicialmente a inconstitucionalidade das alterações provocadas pela Lei nº 9.718/98, a autoridade julgadora de primeira instância ignorou o fato de existir um crédito em favor da contribuinte decorrente de valores pagos a maior a título de CSLL, quando caberia àquela autoridade solicitar diligência para verificação do alegado, motivo pelo qual junta a recorrente cópia das suas declarações de Imposto de Renda para comprovação dos seus créditos;
- quanto à alegação de incompetência para julgamento, feita por aquela autoridade, é sabido que compete aos Delegados da Receita Federal analisar os pedidos de compensação, porém, em obediência ao princípio de economia processual, cabe à mesma encaminhar o processo à autoridade competente para apreciação, juntando julgado deste Conselho sobre o assunto;
- improcede a denúncia fiscal, tendo em vista a inconstitucionalidade da majoração da alíquota da contribuição pela Lei nº 9.718/98, que agride a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, citando jurisprudência judicial sobre o caso;
- a Taxa SELIC, para o cálculo dos juros de mora, estabelece verdadeiro anatocismo, ferindo o Código Comercial e a Lei nº 22.626/33, afrontando também o CTN e a Constituição Federal;
- à vista do artigo 112 do CTN, a norma deve ser interpretada para favorecer o contribuinte, quando houver dúvida, requerendo a aplicação de tal dispositivo ao seu caso; e
- protesta por apresentação posterior de provas.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Posteriormente, foi juntada ao processo a **petição de fls. 209/211**, onde a recorrente aduz que o procedimento fiscal foi lavrado para **prevenir a decadência** e que, nos termos da Lei nº 9.430/96, deve ser excluída a multa de ofício.

É o relatório.



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES**

O recurso é tempestivo e, estando presentes os pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.718/98, REQUERIDA AO JUDICIÁRIO.

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos – vejam-se as observações no próprio auto de infração -, que a recorrente ingressou com ação no Poder Judiciário, pleiteando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperava, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu *“Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”*, Forense, 1997, ensina:

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao poder Judiciário.

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial. Sobre este assunto dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de 1996:

“(…)

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação -, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

(…)

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

(…)

d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

(…)”.

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:

“(…)

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retorna-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

(...). (grifos do original)

Entendo que não deva ser conhecida a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário.

DA INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA QUANTO À TAXA SELIC.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivos legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. As multas e juros cobrados no auto de infração foram aplicados em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, à fl. 04, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

Apenas como subsídio, recorro ao eminente Conselheiro José Antônio Minatel, através do Acórdão nº 108-03.820, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cujas razões de decidir adoto, transcrevendo parte do voto condutor de referido acórdão:

“Primeiramente, quero consignar que tenho entendimento firmado no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III 'b', da Carta Magna.

O pronunciamento do Conselho de Contribuintes tem sido admitido não para declarar a inexistência de harmonia da norma com o Texto Maior, por lhe faltar esta competência, mas para certificar, em cada caso, se há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a matéria em litígio e, em caso afirmativo, antecipar aquele decisum para o caso concreto sob exame, poupando o Poder Judiciário de ações repetitivas, com a antecipação da tutela, na esfera administrativa, que viria mais tarde a ser reconhecida na atividade jurisdicional”.

Neste mesmo sentido, ratificando o entendimento até aqui defendido, 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., 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 seqüencial, 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 argüição.

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). ”



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Não há, portanto, como 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, com a conseqüente nulidade suscitada em virtude de tais argumentações.

DA NÃO APRECIÇÃO DO REQUERIMENTO DE COMPENSAÇÃO PELA AUTORIDADE DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

A recorrente aduz que o seu pedido de compensação deveria ter sido analisado pela autoridade de primeira instância por conta do princípio da economia processual.

Não deve prevalecer tal entendimento, visto que aquela autoridade está impedida de tal mister por força de dispositivos legais vigentes, inclusive expressamente citados na decisão recorrida.

A este Conselho, como exposto, não cabe competência para afastar a aplicação de normas legais, como já exposto.

Rejeito, desta forma, as preliminares suscitadas.

DA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA DÚVIDA, PREVISTA NO ARTIGO 112 DO CTN E DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO AUTUADO.

Por fim, o argumento de que deva ser aplicado ao presente procedimento o artigo 112 do Código Tributário Nacional não guarda nenhum sentido, visto que tal dispositivo se refere à aplicação de infrações ou penalidades, no caso em que haja dúvidas, nas hipóteses que enumera. Somente para clareza, o transcrevemos, a seguir, *verbis*:

“Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Conforme relatado no indeferimento anterior de diligência e perícia, os elementos processuais são suficientes para o esclarecimento deste julgador, não havendo ocorrência de nenhuma dúvida quanto aos elementos enumerados na norma legal transcrita.

DO REQUERIMENTO DE APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE PROVAS E DE DILIGÊNCIA E PERÍCIAS.



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Se entende a defesa que a verdade material não está contida nos documentos contábeis que forneceu à fiscalização, deveria trazer ao processo elementos probantes do contrário. A propósito, sobre a apresentação de provas no Processo Administrativo Fiscal, vale ressaltar o que a seguir expomos.

Pode-se afirmar que é um direito da contribuinte apresentar as provas que julgar necessárias para reforçar seu ponto de vista. No entanto, o Decreto nº 70.235/72, com as alterações promovidas pelo artigo 1º da Lei nº 8.748/93, estabelece parâmetros a serem observados na apresentação dessas provas. Dentre eles, destacam-se:

"as provas devem ser apresentadas no momento da impugnação" (artigo 16, III);

"admite-se a juntada de provas documentais até o momento da interposição do recurso voluntário" (artigo 17);

"os pedidos de diligências ou perícias devem ser acompanhados dos motivos que as justifiquem, dos quesitos a serem respondidos e, no caso de perícia, dos dados referentes ao perito indicado pelo impugnante" (artigo 16, IV);

"considera-se não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos acima mencionados" (artigo 16, § 1º).

O procedimento ficou ainda mais rigoroso com o advento da Lei nº 9.532, de 10/12/97, resultante da conversão da MP nº 1.602/97, que estabeleceu as seguintes modificações na redação dos artigos 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72:

"Art.16 – (...)

§ 4º - A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

§ 5º - A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º - Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

Art. 17 - Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante".



Processo nº : 10480.005804/00-40
Recurso nº : 120.465
Acórdão nº : 203-08.770

Assim, a respeito desses parâmetros e com relação ao presente processo, pode-se afirmar que o presente voto considera as provas apresentadas pela contribuinte até o presente momento.

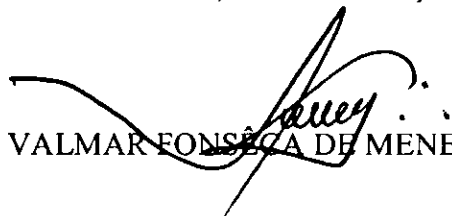
DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA.

Por oportuno, levando-se em conta a petição de fls. 209/211 e as peças processuais – especificamente relativamente à ação judicial interposta pela recorrente –, verifica-se que não cabe o lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinado a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que se constitui no caso *in concreto*.

Desta forma, entendo que tal penalidade deva ser excluída do lançamento, conforme entendimento pacífico desta Câmara, nos termos determinados pela Lei nº 9.430/96.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário e, na parte conhecida, rejeitar as preliminares suscitadas de nulidade e de inconstitucionalidade e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso PARA EXCLUIR A MULTA DE OFÍCIO.

Sala das Sessões, em 19 de março de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES