



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 28 / 04 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

Recorrente : DROGAJATO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.

Recorrida : DRJ em Recife - PE

COFINS. PRELIMINARES DE NULIDADE.

Não ocorrendo as hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, descabe falar-se em nulidade do auto de infração. É legítimo o lançamento de ofício relativo a crédito tributário constituído com vistas a salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional em face do instituto da decadência. Não prospera a preliminar de nulidade de auto de infração suscitada em razão de suposta ofensa à decisão judicial ainda em trâmite.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A opção pela via judicial afasta a discussão da matéria das instâncias julgadoras administrativas.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

É defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente ao argumento de que ofende à Constituição.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O art. 161, § 1º, do CTN, ressaltou a possibilidade da lei estabelecer os juros de mora de modo diverso, e as Leis nºs 9.065/95 e 9.430/96 assim o fizeram. A regra do § 3º do art. 192 da Constituição Federal foi revogada pela EC nº 40/2003.

Recurso negado.

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

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

Sala das Sessões, em 29 de janeiro de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antonio Mario de Abreu Pinto, Serafim Fernandes Corrêa, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.



Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

Recorrente : DROGAJATO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.

RELATÓRIO

Drogajato Distribuidora de Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 136/146, contra o Acórdão nº 392, de 14/12/2001, prolatado pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE, fls. 125/130, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de Cofins, fls. 2/3, lavrado em 28/10/1999, relativamente aos fatos geradores ocorridos em fevereiro e março de 1999.

Do Relatório de Trabalho Fiscal, fls. 9/11, consta que a empresa deixou de recolher e declarar parte da Cofins nos períodos supracitados, de acordo com a Lei nº 9.718/98, o fazendo nos moldes da Lei Complementar nº 70/91.

De acordo com este relatório, o crédito tributário lançado estava com exigibilidade suspensa por força da liminar concedida em Mandado de Segurança nos autos do Processo nº 99.0002655-1, da 6ª Vara Federal, em que se discute a cobrança do PIS e da Cofins nos termos da Lei nº 9.718/98.

Assim, informa a autoridade autuante que em razão do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96, procedeu à lavratura do auto de infração, sem a exigência da multa de ofício.

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 58/67 onde pede, preliminarmente, a conexão processual dos dois autos de infração (este com o do PIS) e a nulidade do lançamento por contrariar o seu direito de defesa, posto que não foi observado que possuía proteção judicial, via Mandado de Segurança, no Processo nº 99.0002655-1, da 6ª Vara, que lhe concedia o direito de pagar o PIS e a Cofins sem considerar as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, mas com base nas LC nºs 7/70 e 70/91. E, no mérito, em linhas gerais, alega a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e a inaplicabilidade da Selic.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE manteve o lançamento, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/03/1999

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.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGATORIEDADE



Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

A autoridade competente para lançar o crédito tributário deverá fazer o lançamento de ofício, quando tomar conhecimento que o contribuinte não vem informando espontaneamente tais valores na DCTF, ainda que o crédito tributário esteja em questionamento judicial.

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

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

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS.

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Lançamento Procedente”.

Ciente da decisão de primeira instância em 13/05/2002, fl. 133, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 10/06/2002, onde, em síntese, argumenta:

a) pela preliminar de nulidade, alegando que a decisão recorrida, ao manter o lançamento, rompeu a discussão e o próprio contraditório impondo, unilateralmente, a sua vontade, ao omitir-se de alcançar o fim constitucional exigido que é a verdade material; agride a ordem jurídica ao se antecipar a uma decisão judicial não transitada em julgado;

b) que é nulo o auto de infração porque contraria o art. 151, inciso IV, do CTN, vez que suspensão está a exigibilidade do crédito tributário;

c) no mérito, que ao teor do art. 195, inciso I, combinado com o art. 146, inciso III, da Constituição Federal, e ainda em razão do disposto na LC nº 70/91, não poderia o Fisco autuá-la pela totalidade das receitas, mas sim pelo faturamento;

d) que é improcedente a aplicação da alíquota de 3%, por afronta ao princípio da isonomia, atropelando, ainda, o princípio da proporcionalidade e da capacidade contributiva;

e) que a taxa Selic não pode ser aplicada nas relações tributárias, tanto por alterar o sentido jurídico dos juros de mora, afrontando o art. 110 do CTN, como por desrespeitar o limite de juros estabelecido pelo art. 161, § 1º, do CTN, e o limite determinado pelo art. 192, § 3º, da Constituição Federal; e

f) que o Fisco, na dúvida, interpreta a norma contra a contribuinte, no que deixa de favorecer a recorrente com o benefício da dúvida consagrado pelo art. 112 do CTN.

Por fim, pede que seja provido este recurso, para reformar a decisão recorrida, julgando improcedente o auto de infração ora combatido e que, em caso de dúvida, a norma seja interpretada da forma mais favorável à recorrente (art. 112 do CTN), protestando por todos os

SOU

R
3



Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

meio de provas, inclusive a pericial, para constatar que houve lucros tributáveis em todos os períodos.

Às fls. 147/151, consta relação de bens e direitos e documentos conexos que a recorrente junta para que seja procedido o arrolamento de bens, necessário ao seguimento do presente recurso.

Por meio do despacho às fls. 179/180, datado de 12/11/2002, a Delegacia da Receita Federal em Recife - PE informa que a Fazenda Nacional ajuizou agravo de instrumento contra a liminar concedida nos autos do Processo nº 1999.0002655-1, havendo o mesmo sido provido em 25/05/1999, conforme cópia do andamento processual que anexa. Observa, ainda, que como os autos de infração foram lavrados em 29/10/1999, a exigibilidade não estava suspensa, o que ensejava a cobrança da multa de ofício.

E acrescenta o aludido despacho que em 08/11/1999, foi prolatada sentença concedendo em parte a segurança, de forma a autorizar a contribuinte a recolher o PIS e a Cofins sobre o Lucro Bruto, mas que houve remessa oficial e apelações onde, a turma, em 13/03/2001, a unanimidade, negou provimento à apelação da parte autora e deu provimento à apelação da União e à Remessa Oficial, estando houve os autos aguardando recurso especial e extraordinário impetrados pela autora, conforme cópia do andamento processual que anexa.

É o relatório.



Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Como preliminar, alega a recorrente nulidade do presente lançamento por entender que o disposto pelo art. 151, inciso IV, do CTN, afasta a possibilidade de constituição do crédito tributário.

Entretanto, como já observou a decisão recorrida, os casos de nulidade no processo administrativo fiscal são aqueles estabelecidos pelo art. 59 do Decreto nº 70.235/72, o que não ocorre no presente caso.

Ademais, urge esclarecer à recorrente que, ao contrário da exegese que propugna, a regra do art. 151 do CTN deve ser entendida como impeditiva de cobrança do crédito tributário, porém não de sua constituição, tende em vista que devem ficar salvaguardados os interesses da Fazenda Nacional em face do instituto da decadência.

No presente caso, há ainda um agravante: ao tempo da lavratura do auto de infração, de acordo com o despacho emanado pela Delegacia da Receita Federal em Recife, fls. 179/180, tendo em vista as informações constantes às fls. 184/185 de que o TRF da 5ª Região negou provimento ao agravo regimental e deu provimento ao agravo de instrumento, a liminar que concedera o direito de recolher a Cofins e o PIS nos termos da Lei Complementar nº 70/91, foi cassada, assim, não se podia falar em exigibilidade suspensa em outubro de 1999.

No tocante ao que alega a recorrente de que a decisão recorrida "*agride a ordem jurídica ao se antecipar a uma decisão judicial não transitada em julgado*", cumpre observar, relativamente aos fatos geradores objetos da autuação, que a contribuição foi exigida nos termos da Lei nº 9.718/98, porém com exigibilidade suspensa em razão da liminar concedida em Mandado de Segurança, conforme decisão às fls. 41/43, de onde destaco:

"Posto isto, decido pelo DEFERIMENTO da liminar postulada e determino:

seja oficiado à autoridade coatora que se abstenha de proceder à exigência do COFINS segundo as regras da Lei nº 9.718/98;

(...)" (negritei).

Entretanto, em seu recurso, a recorrente traz aos autos a sentença de mérito, fls. 155/165, prolatada em 8/11/1999, cujo dispositivo destaco:

"No mérito, concedo em parte a segurança pleiteada, declarando incidenter tantum a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pelo que asseguro às impetrantes o direito de recolher as contribuições Cofins e Pis considerando a base de cálculo prevista no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, assim entendida como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de servidos de qualquer natureza, sendo mantida, todavia, a alíquota prevista no art. 8º, caput, da Lei nº 9.718/98, extinguindo-se, assim, o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC."

É de se observar que esta sentença estava sujeita ao duplo grau de jurisdição para que produzisse seus efeitos, e, conforme salientado pela Delegacia da Receita Federal em Recife

suu

[Assinatura]
5



Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

- PE, fls. 179/180, o TRF da 5ª Região, em 13/03/2001, negou provimento à apelação da parte autora e deu provimento à apelação da União e à remessa oficial, fl. 184.

Consultando os dados do processo hoje, verifico que o STJ prolatou um acórdão em 30/06/2003, cujo teor não se consegue auferir, e em 15/10/2003 ocorreu a última movimentação do mesmo, para a Seção Judiciária de Pernambuco, com baixa definitiva.

Disto há de se concluir que o recurso especial já foi julgado, porém não se conhece do seu resultado.

Entretanto, entendo, ao contrário da recorrente, que ao se manter o lançamento, cuja exigibilidade está até suspensa, ainda que equivocadamente, não se está a ofender direito de defesa do contribuinte que procura a via judicial para discutir os seus interesses, mas sim, está-se apenas garantindo que, em não tendo a autora êxito na esfera judicial, a Fazenda Nacional não perca, pelo decurso do prazo decadencial, o seu direito de constituir o crédito tributário.

Havendo a recorrente logrado êxito na instância judicial, independentemente do que for aqui decidido, aquela decisão prevalecerá, de forma que o crédito tributário ora discutido não poderá ser cobrado.

Logo, não se está antecipando a uma decisão judicial, mas apenas mantendo a constituição de um crédito tributário, que poderá ou não ser executado em razão do que o Poder Judiciário decidir em definitivo, tendo em vista a prevalência dos julgados por este Poder sobre os administrativos.

No tocante aos argumentos de mérito aduzidos, mais especificamente às alegações trazidas aos autos em torno da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, urge observar que, além de ser matéria que a recorrente está discutindo judicialmente, o que portanto, afasta a discussão pelas instâncias julgadoras administrativas, conforme já se observou, é defeso a este Colegiado, nos termos do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, afastar leis vigentes ao argumento de que ofende à Constituição, salvo nos casos que expressamente excepciona.

Portanto, enquanto a Lei nº 9.718/98 não for retirada do mundo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, não compete a qualquer órgão julgador do Poder Executivo negar-lhe vigência, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Por oportuno, destaco jurisprudência do STJ, no sentido de dar plena eficácia aos mandamentos da aludida Lei:

***"TRIBUTÁRIO - COFINS - LEI 9.718/98 - RECURSO ESPECIAL: FUNDAMENTO
INFRACONSTITUCIONAL.***

- 1. Não é a tese jurídica em discussão que define se o questionamento é ou não de matiz constitucional. O fundamento jurídico do acórdão é que define a querela.*
- 2. Acórdão impugnado que se fundamentou na legislação infraconstitucional e na Constituição.*
- 3. A Lei 9.718/98 manteve, como base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS o faturamento da empresa, nos moldes da LC 70/91, mudando apenas o conceito de faturamento, ao incorporar todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica.*



Processo nº : 10480.028929/99-79
Recurso nº : 122.411
Acórdão nº : 201-77.455

4. *Faturamento, Receita da Empresa ou Receita Bruta são conceitos sinônimos na dicção do STF (RE 150.755/PE), o que resguarda a Lei 9.718/98 de ter agredido o art. 110 do CTN, por não alterar conceito algum.*

5. *Recurso especial improvido.* (RESP nº 364.839 / SC, DJ 16/12/2002, Rel. Min. Eliana Calmon).

Da mesma forma, não nos compete afastar o disposto pelas Leis nºs 9.065/95 e 9.430/96, no tocante aos juros de mora cobrados em razão da taxa Selic, até porque o art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao ressalvar: “Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”. (grifei)

Por oportuno, mister se faz esclarecer que a regra do § 3º do art. 192 da Constituição Federal foi revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

Assim, em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de janeiro de 2004.

Adriana Gomes Rego Galvão
ADRIANA GOMES REGO GALVÃO