

Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De <u>11</u> / <u>02</u> / <u>05</u>
<i>[Assinatura]</i> VISTO

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501

Recorrente : CABOT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

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, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito debatida no âmbito da ação judicial. **LANÇAMENTO DE TRIBUTOS.MEDIDA JUDICIAL.**A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores. A não apreciação de questões de inconstitucionalidades de Lei, por parte da autoridade administrativa, decorre de mandamento legal e constitucional, não sendo causa de cerceamento do direito de defesa.

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE.
ILEGALIDADES. 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. **Preliminares rejeitadas.**

LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA. O lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

JUROS DE MORA. Os juros moratórios têm caráter meramente compensatório e devem ser cobrados, inclusive, no período em que o crédito tributário estiver com sua exigibilidade suspensa pela impugnação administrativa ou judicial.

Recurso ao qual se nega provimento.

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA <u>12</u> / <u>07</u> / <u>04</u>
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
CABOT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10805.000660/2003-30

Recursos nº : 124.857

Acórdão nº : 203-09.501

opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar as preliminares de inconstitucionalidade e de nulidade, por cerceamento do direito de defesa; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de março de 2004

Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva
Vice-Presidente

Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antonio Carlos Atulim (Suplente), César Piantavigna, Maria Teresa Martinez López, Valdemar Ludvig e Luciana Pato Peçanha Martins.

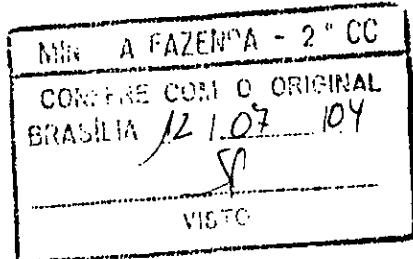
Eaal/ovrs

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA /21.07.2004
VISTO



Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501

Recorrente : FORTE VEÍCULOS LTDA.



RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

"Trata o presente processo de Auto de Infração (fls. 109/112), e seus demonstrativos (fls. 101/108), com exigibilidade suspensa e sem multa de ofício, lavrado contra o sujeito passivo em epígrafe, no valor de R\$6.664.459,26 – ciência em 10/04/2003, relativo à insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, referente aos períodos de apuração de fevereiro de 2000 a julho de 2002, outubro a dezembro de 2002.

2. No Termo de Verificação Fiscal (fl. 101/102), o autuante faz as seguintes considerações:

2.1 – 4) Das infrações Apuradas: Falta de recolhimento da Cofins do período de 02/2000 a 12/2002, conforme planilha demonstrativa anexa (fls. 98/100);

2.2 – 5) Da elaboração do Auto de Infração: Estamos lavrando nesta data, o devido Auto de Infração da Cofins para a cobrança do tributo devido, em face das irregularidades constatadas acima. O crédito tributário lançado (...) está com a exigibilidade suspensa por força da decisão judicial proferida nos autos do proc. nº. 1999.61.00052337-6, da 15ª VJF/SP.

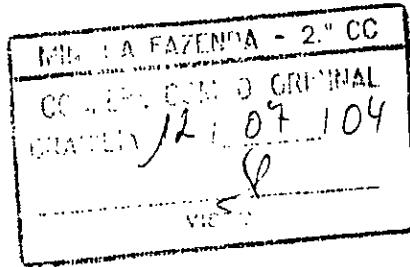
3. Inconformada com o lançamento, a interessada interpôs impugnação em 09/05/2003 (fls. 141/147), onde alega em síntese e fundamentalmente que:

3.1 – o auto de infração é nulo por não constar a data e a hora da sua lavratura, conforme determina o art. 10 do Decreto nº 70.235/72;

3.2 – estando amparada por sentença concedida no mandado de segurança – processo nº. 1999.61.00052337-6, da 15ª VJF/SP, a qual lhe assegura o direito de recolher a Cofins conforme a Lei Complementar nº. 70/91 – não pode concordar com o procedimento fiscal, tendo em vista que a ampliação da base de cálculo da Cofins e a majoração da alíquota de 2% para 3%, nos moldes da Lei nº 9.718/98, são claramente inconstitucionais, sendo esse o mesmo objeto da discussão judicial;



Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501



3.3 – está suspensa a exigibilidade dos valores apurados pela fiscalização;

3.4 – enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão que eventualmente vier a considerar a cobrança devida, não poderá haver incidência dos juros de mora;

3.5 – a utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora é inconstitucional.”

A DRJ em Campinas - SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

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

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/07/2002, 01/10/2002 a 31/12/2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica renúncia ao litígio na esfera administrativa.

JUROS DE MORA. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de sentença em mandado de segurança, por si só, não suspende a fluência dos juros moratórios.

TAXA SELIC. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade lei instituidora da Taxa Selic é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando argumentos expendidos na peça impugnatória, resumidos a seguir.

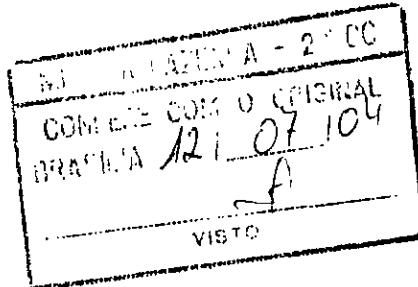
PRELIMINARMENTE:

- o Ato Declaratório nº 03/96 é ilegal e inconstitucional;
- não é possível a presunção de renúncia, cujos efeitos só se produzem se expressa e voluntariamente praticado;
- houve violação do direito à ampla defesa e ao contraditório, não podendo o poder público deixar de apreciar todas as suas razões de defesa;
- requer o cancelamento do atos praticados em contrário;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501



2º CC-MF
FL.

- os órgãos administrativos devem respeitar a Constituição Federal e não se valerem de dispositivos inconstitucionais, alegando que pertencem à administração e que estariam obrigados ao cumprimento de leis inconstitucionais ou ilegais;
- este Conselho detém competência para deixar de aplicar leis inconstitucionais; e
- a Taxa SELIC é inconstitucional.

MERITORIAMENTE:

- não há irregularidades no procedimento adotado pela recorrente, em virtude do amparo pela medida judicial;
- não são devidos os juros de mora, visto que o débito estava com a exigibilidade suspensa, não estando o contribuinte em mora com o Fisco; e
- discorre sobre a matéria submetida ao Judiciário (inconstitucionalidade da majoração da alíquota da contribuição).

É o relatório.



Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501

M. DA FAZENDA - 2º CC	CC-MF
CONFERIDO ORIGINAL	104
DATA: 12/07/03	
VISTO	

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSECA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Analizando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos que:

DA OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos, que o contribuinte ingressou com ação judicial contra a Fazenda Nacional, ocorrendo idêntico objeto entre a matéria contida no processo judicial e aquela contida nas peças recursais.

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, nas vias administrativa e judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

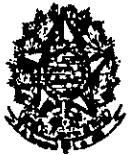
Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987), leciona que:

"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 (impõe, 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 : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501

BILHETE DE ZERA - 21 LC
CR. 100,00 O ORIGINAL
CRA 100 121.07.104
SF
VISTO

2º CC-MF
FI.

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 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 conecerá 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).

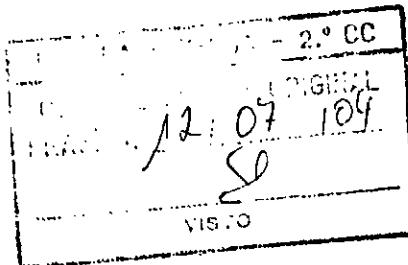
(...).”

Ressalte-se que o dispositivo transscrito 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, *in 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, insusceptível 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 : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501

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)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer de parte da matéria recursal, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

DA PARTE CONHECIDA

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE

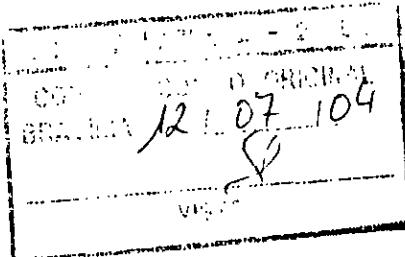
Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legal vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III “b”, da Carta Magna.

Neste mesmo sentido, 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:



Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501



"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 aprovação 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. I^o e 103, I e VI).

Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Com relação, especificamente, ao Ato Declaratório nº 03/96, cabe apenas esclarecer que, embora este Colegiado não esteja hierarquicamente obrigado à sua observância, também não se insere na nossa competência o mister de declarar a sua inconstitucionalidade.

Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.

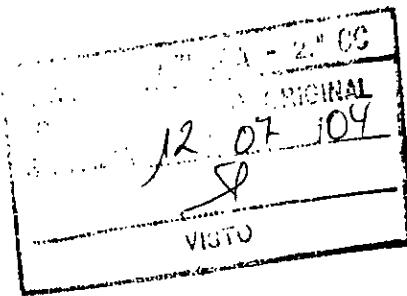
DA PRELIMINAR DE NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

No tocante ao cancelamento dos atos praticados, verifiquemos a sua pertinência ao caso em análise.

Incialmente, reproduzamos o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:



Processo nº : 10805.000660/2003-30
Recursos nº : 124.857
Acórdão nº : 203-09.501



2º CC-MF
FL.

"Art. 59. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Verifica-se que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso primeiro e não se pode falar em cerceamento do direito de defesa na fase de lançamento, como bem lembra Antonio da Silva Cabral, em sua obra Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, 1993, página 524. Neste ponto, cabe-nos apenas ressaltar que o respeito ao princípio do contraditório está configurado pela ciência dos termos processuais por parte da autuada. Além disso, a possibilidade de ampla defesa está assegurada em diversos pontos da legislação citada pelo fisco, em especial as disposições do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores, regulador do Processo Administrativo Fiscal, mencionado no próprio auto de infração lavrado, e do qual tomou ciência a contribuinte.

A declaração, pela Decisão recorrida, de opção pela Via Judicial decorre de normas legais expressas, em especial a Lei nº 6.830/80, e em virtude de todo o exposto sobre a análise da constitucionalidade ou não de dispositivos legais, entendo não ter ocorrido a hipótese de cerceamento do direito de defesa, mas apenas o cumprimento, por parte da administração pública, das normas legais a que está subordinada.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

DO MÉRITO

No mérito, na parte a ser conhecida, a recorrente argui que não cometeu irregularidades, visto estar amparada por medida judicial, e que os juros de mora não são devidos por conta do débito estar com exigibilidade suspensa.

DO LANÇAMENTO E DO AMPARO PELA VIA JUDICIAL

O lançamento foi efetuado em conformidade com o artigo 142 do Código Tributário Nacional, que determina que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Não consta dos autos que haja determinação judicial impeditiva do lançamento, ressaltando-se que a determinação de suspensão da exigibilidade do crédito não impede a constituição do correspondente crédito, mas apenas resguarda o contribuinte da exigência, enquanto vigente aquela decisão judicial.

Não procede, pois, a alegação suscitada, neste aspecto.

DOS JUROS DE MORA

Com relação aos juros de mora, não pode prosperar o entendimento da recorrente de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica em suspensão dos



Processo nº : 10805.000660/2003-30

Recursos nº : 124.857

Acórdão nº : 203-09.501

juros de mora, vez que sua imposição encontra guarida no art. 161, § 1º, da Lei nº 5.172/66 - CTN, e visa unicamente ressarcir o Tesouro Nacional do rendimento do capital que permaneceu à disposição do contribuinte no período de tempo até seu efetivo recolhimento.

Todavia, no caso em apreço, não se vislumbra que tenha havido depósitos judiciais, hipótese em que entendo que os juros de mora somente deverão incidir sobre as parcelas que não forem absorvidas pelos mesmos, quando efetivados integral e tempestivamente.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso, na parte submetida ao crivo do Poder Judiciário, e, na parte conhecida, de rejeitar as preliminares de constitucionalidade e de nulidade, para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de março de 2004


VALMAR PONSECA DE MENEZES

