



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 31 / 08 / 2004
EQUI
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

Recorrente : CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

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.

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.

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

COFINS. LANÇAMENTO. MULTA DE OFÍCIO. Não cabe a aplicação da multa de ofício no lançamento destinado a prevenir a decadência.

Recurso ao qual se dá provimento parcial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, pedido de perícia, de juntadas de provas e de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim (Suplente), César Piantavigna, Valdemar Ludvig, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa.

Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

Recorrente : **CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA.**

RELATÓRIO

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

“Trata o presente processo do auto de infração de fls. 184 a 189, lavrado pela falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) nos períodos de apuração de 01/01/1999 a 31/08/2002, nos valores de R\$2.609.943,25 de Cofins, R\$870.147,54 de juros de mora (calculados até 31/10/2002) e multa proporcional (passível de redução) de R\$1.957.457,25, totalizando no montante de R\$5.437.548,04, com suspensão da exigibilidade.

2. Conforme Termo de Verificação Fiscal nº 008 de fl. 190, a contribuinte obteve na Justiça a imunidade prevista no §3º do art. 155 da Constituição Federal, contudo fulcrado em Tutela Antecipada, fls. 115 a 118, concedida pela Justiça Federal de Tupã, SP, a fiscalização efetivou o lançamento supra com o objetivo de prevenir a decadência.

3. O contribuinte inconformado apresentou a impugnação de fls. 195 a 229, argumentando e requerendo, em síntese, o seguinte:

3.1. Inicialmente das fls. 195 a 213, repete a descrição do Termo de Verificação Fiscal e os argumentos da ação ordinária proposta pela União onde se obteve a Tutela Antecipada dizendo simplesmente ao final à fl. 213 que a autuação seria nula de pleno direito;

3.2. A partir daí até a fl. 221, defende-se da aplicação da multa aplicada apenas discorrendo apenas sobre os aspectos da aplicabilidade da multa;

3.3. Ataca a seguir a aplicação da Taxa Selic, nomeando-a como ilegal e inconstitucional como índice de correção monetária de tributos;

3.4. Requer ao final que lhe seja deferida a produção de prova pericial, com indicação de assistente técnico, bem como a plenitude do seu direito de defesa.

4. Dando prosseguimento ao processo, este foi encaminhado para a DRJ em Ribeirão Preto para julgamento.”



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

A DRJ em Ribeirão Preto – SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2002

Ementa: IMPUGNAÇÃO DESCONHECIDA.

Deve ser desconhecida a parte da impugnação com argumentos sem pontos de discordância com o lançamento.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2002

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ENCARGOS LEGAIS. APLICABILIDADE.

Cabível a multa de ofício e juros de mora aplicados conforme legislação de regência.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

Legal a aplicação da taxa do Selic para fixação dos juros moratórios para recolhimento do crédito tributário em atraso.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se pedido de perícia que não contenha indicação de perito e apresentação dos motivos e de quesitos.

Lançamento Procedente”.

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

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

- os fatos geradores da Contribuição estão subordinados à condição suspensiva, qual seja, o deslinde das ações judiciais que tramitam no Judiciário, o que torna a lavratura do auto de infração absolutamente ilegal, apesar da tutela antecipada concedida.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA E DA SELIC:



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

- a multa aplicada – confiscatória - e a Taxa SELIC ferem a Constituição Federal.

DO REQUERIMENTO DE DEFESA ORAL, JUNTADA DE PROVAS E PERÍCIA:

- ao final, requer juntada de provas e perícia, bem como defesa oral.

É o relatório.



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

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

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

1.DAS PRELIMINARES:

1.1 - DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A recorrente argúi nulidade pelo fato de que considera que somente ao término da ação judicial se poderia proceder ao lançamento.

Na verdade, incorre em grave equívoco a defesa. Consta dos autos que a fiscalização verificou, exclusivamente, a incidência da COFINS sobre as receitas de vendas de álcool combustível, com base em Tutela Antecipada, concedida pela Justiça Federal, em Ação Ordinária impetrada pela União contra a recorrente, tendo em vista que a mesma é beneficiária de decisão judicial transitada em julgado que lhe assegura a imunidade do artigo 155 da Constituição Federal.

Tais fatos estão explicitados no Termo de Verificação Fiscal de fl. 123, que, por outro lado, esclarece que o lançamento foi procedido com suspensão do crédito tributário, com o único objetivo de prevenir a decadência.

Por oportuno, cabe ressaltar que, conforme a Lei nº 9.430/96, artigo 63, não cabe a aplicação da multa de ofício no lançamento destinado a prevenir a decadência, quando a exigibilidade do crédito houver sido suspensa, na forma do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, ou seja, no caso de concessão de medida liminar.

Tal questionamento será adiante, no mérito, enfrentada.

Desta forma, o auto de infração foi lavrado sob a tutela de autorização judicial, não havendo, pois, que se falar em nulidade do procedimento.

1.2 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA E DA SELIC.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

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:

"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 arguição.

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)."

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.

Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

1.3 - DA JUNTADA DE PROVAS, PERÍCIA E DA DEFESA ORAL.

Com relação à defesa oral, já consta do regimento deste Colegiado esta possibilidade, o que torna a nossa manifestação a este respeito sem nenhum sentido.

Relativamente às provas e à perícia, se entende a defesa que a verdade material não está contida nos documentos 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;



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

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".

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.

Outrossim, não se pode esquecer o que dispõe o artigo 18 do Decreto 70.235/72, com alterações, *verbis*:

"Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/93)".

Depreende-se, pela inteligência deste dispositivo, que a autoridade julgadora é livre para determinação de diligências ou perícias a serem realizadas. Restaria, pois, averiguar se, a critério da autoridade julgadora, há que se realizar tal procedimento.

Neste ponto, então, verificamos ser desnecessária a realização de perícia por não restar dúvidas acerca dos elementos presentes no presente processo, restando plenamente esclarecida a questão.

DO MÉRITO:

DA MULTA APLICADA.

Por dever de ofício, observo que o lançamento foi efetuado com aplicação da multa de ofício, embora o objetivo do procedimento tenha sido a prevenção da decadência.



Processo nº : 10835.002989/2002-05
Recurso nº : 124.157
Acórdão nº : 203-09.455

Conforme a Lei nº 9.430/96, artigo 63, não cabe a aplicação da multa de ofício no lançamento destinado a prevenir a decadência, quando a exigibilidade do crédito houver sido suspensa, na forma do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, ou seja, no caso de concessão de medida liminar.

No caso vertente, a contribuinte não detinha liminar que determinasse a suspensão da exigibilidade do crédito. Detinha, porém, o direito já concedido em sentença judicial que lhe assegurava não recolher a contribuição por conta da imunidade do artigo 155 da Carta Magna.

A União, para que pudesse proceder ao lançamento, impetrou Ação Ordinária, com pedido de tutela antecipada, tendo obtido autorização judicial para tal.

Interpretando-se o que dispõe a Lei nº 9.430/96, citada, podemos entender que, se determinado contribuinte – apenas com o instrumento precário da liminar – não poderia sofrer a aplicação da multa, não se poderia admitir – por analogia – que outro contribuinte – já com sentença judicial definitiva – pudesse sofrer a aplicação da penalidade.

A intenção do legislador, certamente, foi garantir à Fazenda Pública o direito de constituir o crédito – que se discute na Justiça – para evitar os efeitos fatais da decadência. No entanto, ao mesmo tempo em que concede esta garantia à União, resguarda o contribuinte, que não poderia ser penalizado, pois se encontra sob o manto protetor do Poder Judiciário.

Entendo ser exatamente o caso em análise, *mutatis mutandis*.

Da mesma forma que o detentor de medida liminar – concedendo provisoriamente determinada prerrogativa – foi protegido pela Lei nº 9.430/96 da multa de ofício, também aquele que – com sentença transitada em julgado – é detentor do direito guerreado há que ser resguardado de tal penalidade.

Assim, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para excluir a multa de ofício, no lançamento destinado a prevenir a decadência.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES