MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 22 / 06 / 2004
VISTO

Processo nº : 10950.004974/2002-57
Recurso nº : 123.188
Acórdão nº : 203-09.230

Recorrente : FARINHA DOURADA IND. COM. DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores.

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 de nulidade e de inconstitucionalidades rejeitadas.

COFINS. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PENALIDADES. INTERPRETAÇÃO. 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."*

Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **FARINHA DOURADA IND. COM. DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL 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 e de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, César Piantavigna, Maria Cristina Rosa da Costa, Mauro Wasilewski, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Eaal/cf/ovrs

Processo nº : 10950.004974/2002-57
Recurso nº : 123.188
Acórdão nº : 203-09.230

Recorrente : FARINHA DOURADA IND. COM. DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL LTDA.

RELATÓRIO

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

> "Em decorrência de ação fiscal de verificação do cumprimento das obrigações fiscais pela contribuinte qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 245/252, que exige o recolhimento de R$ 339.823,67 de Cofins e R$254.867,64 de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, além dos acréscimos legais.
>
> 2. A autuação, cientificada em 10/10/2002, ocorreu devido à falta de recolhimento da Cofins, relativa aos períodos de apuração de 01/01/1999 a 31/08/2002, conforme demonstrativos de apuração de fls. 245/247 e de multa e juros de mora às fls. 248/249, tendo como fundamento legal: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, o art. 77, III, do Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, art. 149 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), e os arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999, e suas reedições.
>
> 3. A descrição fiscal dos fatos encontra-se às fls. 251/252 e no Termo de Verificação Fiscal de fls. 239/244, parte integrante do auto de infração.
>
> 4. Tempestivamente, em 08/11/2002, a interessada apresentou a impugnação de fls. 255/273, instruída com os documentos de fls. 275/277, cujo teor é sintetizado a seguir.
>
> 5. Após breve relato dos fatos, argúi, como questão preliminar, a nulidade do auto de infração por vício formal intrínseco, em ofensa ao princípio da legalidade, considerando o local em que ocorreu a lavratura do auto de infração. Para tanto, discorre acerca do princípio da legalidade, sustentando que, para seu fiel cumprimento, devem-se observar, literalmente, os requisitos dispostos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, dentre eles o de que "*o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta e conterá obrigatoriamente (...)*", o que diz não ter ocorrido no caso, em que foi ele lavrado na repartição e na ausência de seu

representante legal. Ampara-se, nesse sentido, em doutrina, destacando que a fiscalização se estendeu por vários dias e até meses, que o termo de início teve a data manuscrita, coincidindo com a da ciência, tentando desvirtuar a ilegalidade praticada e que, com isso, "*foi pega de inopino, com a brutal constituição de crédito tributário*", por ato perpetrado pelo fisco sem que, em momento algum, tomasse conhecimento dos fatos.

6. Também como razão de nulidade, discute a multa de ofício aplicada, correlacionando-a com a contribuição exigida e, assim, com a capacidade contributiva, do que conclui haver confisco indireto. Diz que confirmam isso o fato de já haver previsão de juros, para indenizar, e correção monetária, para manter o valor da moeda. Acerca da aplicação dos princípios constitucionais mencionados às multas fiscais, cita doutrina e jurisprudência.

7. Ainda em relação à multa de ofício, alega que o percentual de 75% incorre em ilegalidade, por desrespeito ao art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e ao art. 5º, II da Constituição Federal de 1988. Sustenta que, por se tratar de infração, a lei deve ser interpretada em seu benefício, segundo determina o art. 112 do CTN, aplicando-se à hipótese a multa no percentual máximo de 20%, previsto pelo § 2º do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996. Refuta, para tal consideração, a diferenciação entre multa moratória e punitiva, escorando-se em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e em doutrina.

8. A seguir, contesta a aplicação, como juros de mora, da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais. Aduz como irregularidades o fato de a taxa ter caráter remuneratório, ferir o disposto no § 3º do art. 192 da Constituição Federal de 1988, embutir juros e correção monetária, representar aumento de tributo sem lei específica e violar o princípio constitucional da tipicidade. Quanto a esse diz que o pagamento de juros tem caráter de penalidade pecuniária, obrigação tributária principal, devendo ser estabelecida por lei, o que sustenta não ocorrer na aplicação da taxa Selic, uma vez que essa tem critérios de cálculo estabelecidos por atos administrativos, do que também alega haver delegação de competência na quantificação de tributo, em violação ao art. 150, I da Constituição Federal. Discorre sobre a ofensa ao princípio da legalidade, citando jurisprudência do STF e, especificamente acerca da taxa Selic, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

9. Ao final, após síntese de suas conclusões, requer que seja acolhida a preliminar de vício formal e, subsidiária e cumulativamente, a redução da multa de ofício para o patamar de 20% e a exclusão da taxa Selic.

10. Consta na capa do Processo Administrativo Fiscal nº 10950.004973/2002-11, relativo a auto de infração de contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, lavrado em decorrência desta mesma ação fiscal, a informação de que foi formulada Representação Fiscal para Fins Penais no Processo nº 10950.005003/2002-24, apensado ao Processo nº 10950.004975/2002-00, de auto de infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ."

A DRJ em Curitiba - PR proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

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

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

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DE LAVRATURA.

Se a autoridade competente dispuser de todos os elementos necessários, pode lavrar o auto de infração na repartição fiscal, uma vez que, por "local da verificação", referido pela legislação do processo administrativo fiscal, entende-se aquele em que a falta foi constatada, não sendo necessariamente aquele em que a mesma ocorreu.

AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DE JULGAMENTO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

O percentual de multa exigível em lançamento de ofício é determinado expressamente em lei, não comportando interpretação benigna em relação ao percentual de multa de mora, aplicável exclusivamente em procedimentos espontâneos.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic por expressa previsão legal.

Lançamento Procedente".

Processo nº : 10950.004974/2002-57
Recurso nº : 123.188
Acórdão nº : 203-09.230

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

DA PRELIMINAR DE NULIDADE:

- o auto de infração é nulo, tendo em vista que:

- foi lavrado no interior da repartição fiscal, ou seja, fora do estabelecimento sede da recorrente, e na ausência do seu representante legal, em desobediência ao artigo 10 do Decreto nº 70.235/72;

- constata-se que o referido auto traz, em seu bojo, fatos unilaterais e compulsórios, impondo-se a sua aceitação;

- o ato praticado pelo Fisco se deu à total revelia da recorrente, que em momento algum tomou conhecimento dos fatos; e

- embora cite, no subtítulo 2.1, a ocorrência de nulidade por vício formal, a própria recorrente, à fl. 331, alega não se tratar de tal hipótese, mas de erro material, que torna nulo o procedimento fiscal.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA E DA TAXA SELIC APLICADA:

- a multa aplicada caracteriza-se como confiscatória e, por isso, inconstitucional, devendo ser excluída, bem como a Taxa SELIC, pelo fato de ter caráter estritamente remuneratório, ferindo diretamente o artigo 192 da Carta Magna, motivo pelo qual deve esta ser substituída por outra, legalmente instituída.

DO MÉRITO:

DA REDUÇÃO DA MULTA, COM BASE NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:

- tendo em vista o que dispõe o artigo 61 da Lei nº 9.430/96 e o artigo 112 do Código Tributário Nacional, o percentual da multa, alternativamente, deve ser reduzido para 20%, pelo fato de que, em caso de infração, deve a Lei ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte infrator, aduzindo não haver diferença entre multa moratória e punitiva.

É o relatório.

Processo nº : 10950.004974/2002-57
Recurso nº : 123.188
Acórdão nº : 203-09.230

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

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

Analisando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos o que segue.

1. DAS PRELIMINARES:

1.1 - DA PRELIMINAR DE NULIDADE.

O art. 10 do Decreto nº 70.235/72 assim determina:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:
I - a qualificação do autuado;
II - o local, a data e a hora da lavratura;
III - a descrição do fato;
IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;
VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

O artigo acima citado diz que o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local de verificação da falta. Na Receita Federal o servidor competente para a lavratura do auto de infração é o Auditor Fiscal da Receita Federal. Atente-se para que a norma fala em "local de verificação da falta". A norma diz no local de verificação e não de ocorrência da falta, logo, a lavratura do auto de infração pode ser feita tanto no estabelecimento do infrator como na repartição fiscal.

A ementa do Acórdão nº 201-65.932/90, abaixo transcrito, traduz exatamente este entendimento:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Não é motivo de nulidade processual a preparação do termo de início de fiscalização fora do estabelecimento fiscalizado, porém levado à ciência do contribuinte, a partir do qual ganhou validade. Não é motivo de nulidade a preparação do auto de infração fora do estabelecimento autuado, levado pronto para sua ciência. O

"local de verificação da falta (Decreto nº 70.235/72, art. 10) está vinculado ao conceito de jurisdição e, conseqüentemente, de competência do autuante."

No tocante à nulidade, verifiquemos a sua pertinência ao caso em análise.

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

"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 nº 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.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

1.2 - 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 legais 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:

"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 sequencial, 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)."

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.

2. DO MÉRITO: DA REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E NA 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;

Processo nº : 10950.004974/2002-57
Recurso nº : 123.188
Acórdão nº : 203-09.230

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, os elementos processuais são suficientes para o esclarecimento deste Relator, não sendo o caso de ocorrência de nenhuma dúvida quanto aos elementos enumerados na norma legal transcrita e quanto à sua aplicação.

Diante do exposto, voto no sentido de que sejam rejeitadas as preliminares de nulidade e de inconstitucionalidade para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2003

VALMAR FONSECA DE MENEZES