



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA	
Segundo Conselho de Contribuintes	
Publicado no Diário Oficial da União	
De	31 / 09 / 2004
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

Recorrente : KRAFT FOODS BRASIL S/A
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

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.

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 DE TRIBUTOS. MEDIDA JUDICIAL. A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
KRAFT FOODS BRASIL S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: 1) em não conhecer do recurso, em parte, por**



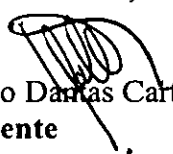
Processo nº : 10980.011476/2002-11

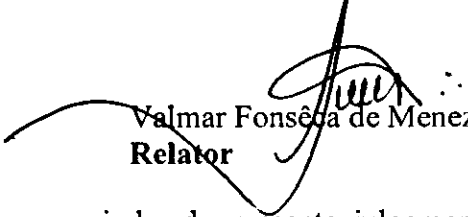
Recurso nº : 123.884

Acórdão nº : 203-09.337

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

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fossêca de Menezes
Relator

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

Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 10980.011476/2002-11

Recurso nº : 123.884

Acórdão nº : 203-09.337

Recorrente : KRAFT FOODS BRASIL S/A

RELATÓRIO

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

“Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto à empresa qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 111/115, que exige o recolhimento de **R\$ 8.459.721,16** a título de Cofins, além dos encargos legais.

2. A autuação, cientificada em 31/10/2002 (fl. 113), ocorreu devido à apuração de diferença entre o valor escriturado e o declarado/pago da Cofins, relativamente aos períodos de apuração 10/2001 a 07/2002, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 114/115 e demonstrativos de apuração à fl. 111 e de multa e juros de mora à fl. 112, tendo como fundamento legal o art. 77, III, do Decreto-Lei n.º 5.844, de 23 de setembro de 1943, o art. 149 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), o art. 1º da Lei Complementar n.º 70, de 30 de outubro de 1991, e os arts. 2º, 3º e 8º, da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória n.º 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e reedições, e da Medida Provisória n.º 1.858, de 29 de junho de 1999, e reedições.

3. Conforme mencionado na “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” (fls. 114/115), parte integrante do auto de infração, a interessada ingressou com Mandado de Segurança (n.º 1999.61.00.013297-1, na 6ª Vara da Justiça Federal de São Paulo/SP) pleiteando o direito de recolher a Cofins, com base de cálculo e alíquota previstas na Lei Complementar n.º 70, de 1991, sem as alterações previstas na Lei n.º 9.718, de 1998; foi concedida medida liminar em 06/04/1999; em 18/09/2000, foi prolatada sentença de 1ª instância, julgando parcialmente procedente o pleito da interessada; presentemente tal ação encontra-se pendente de julgamento de apelação junto ao TRF da 3ª Região; ingressou, também, com Medida Cautelar (n.º 2002.03.00.006488-4, junto ao TRF/3ª) objetivando a atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação interposto contra sentença proferida no mandado de segurança e para a realização de depósitos judiciais da parcela da exigência fiscal em discussão, tendo sido concedida liminar para que efetuasse tais depósitos e emitido acórdão julgando procedente a cautelar; em razão dos depósitos judiciais, o crédito tributário foi constituído com a exigibilidade suspensa.

4. Às fls. 03/53, encontram-se cópias de documentos relativos à ação em mandado de segurança mencionada (petição inicial – fls. 3/28; despacho que concedeu a liminar pleiteada – fls. 29/31; sentença de 1ª instância – fls. 34/42;



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

embargos de declaração – fls. 43/44; despacho rejeitando os embargos de declaração – fl. 45; apelação da interessada ao TRF/3ª - fls. 46/53); às fls. 54/69, encontram-se cópias de documentos relativos à medida cautelar referida (petição inicial – fls. 54/62; acórdão – fls. 63/68; despacho concessivo da liminar – fl. 69).

5. Às fls. 71/84, em atendimento à intimação, foram juntadas cópias de demonstrativos de bases de cálculo e de DCTF; tem-se, ainda, instruindo a autuação, os seguintes documentos: às fls. 86/87, demonstrativos de situação fiscal apurada; às fls. 88/110, cópias de documento contábil de provisão de valores da Cofins, de guias de depósito judicial e esclarecimentos prestados pela interessada.

6. Conforme consta do documento de fl. 280, a interessada foi sucedida, por incorporação, em 31/07/2002, pela empresa de CNPJ n.º 33.033.028/0001-84, mantendo o nome empresarial de Kraft Foods do Brasil S/A.

7. Tempestivamente, em 28/11/2002, a sucessora da interessada, por intermédio de procurador habilitado (procuração às fls. 153/156), interpôs a impugnação de fls. 118/136, instruída com os documentos de fls. 137/278, cujo teor é sintetizado a seguir.

8. Inicialmente, após breve relato dos fatos que culminaram na autuação (item I, “Os Fatos”), alega ter o fisco efetuado com imprecisão a discriminação dos valores lançados no auto de infração em comento, posto que as bases de cálculo de que se utilizou não correspondem exatamente àquelas que serviram de base para os depósitos judiciais efetuados; afirma que identificou, ao cumprir diligência solicitada pela fiscalização no sentido de constituir as bases tributáveis, a necessidade da reabertura de seus registros contábeis para efetuar ajustes, em virtude da necessidade de reclassificação de algumas contas, nas referidas bases de cálculo de alguns períodos; dessa forma, as bases utilizadas para depósitos judiciais, após esses ajustes, culminaram em complemento de tributo, ou, em outros momentos, em recolhimento a maior.

9. Assim, em razão dessas alterações, diz que efetuou os ajustes, compensando os valores pagos a maior, acrescentando àqueles recolhidos a menor os encargos legais e, demonstrando a sua boa-fé, complementando os depósitos judiciais, conforme planilhas de fls. 193/194; retificou, também, as DCTF relativas aos períodos em discussão (fls. 195/250), e recolheu, ainda, as diferenças de valores apurados sobre aquela base que entende devida e que não é objeto de discussão judicial, conforme DARF de fls. 251/253.

10. Na sequência, no subitem I.2 (“Da alteração normativa na discussão do mérito”), comenta as modificações introduzidas pela Medida Provisória n.º 75, de 24 de outubro de 2002, no Decreto n.º 70.235, de 1972, em especial o parágrafo único acrescentado ao art. 17; entende que, apesar dessa nova



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

normatização mandar desconsiderar a discussão no processo administrativo de matéria já em apreciação em processo judicial, há necessidade de se ventilar a discussão do mérito da autuação, uma vez que a citada alteração trazida pela MP n.º 75, de 2002, ainda não foi convertida em lei, sendo possível que tal evento sequer ocorra, o que lhe traria uma situação de insegurança jurídica, com a possibilidade de lhe causar prejuízos, e, assim, pelo princípio da eventualidade, argumenta que cabem algumas considerações sobre o mérito da discussão.

11. A seguir, no item II (“Mérito”), discorre sobre as mesmas matérias que foram levadas ao judiciário na petição inicial do mandado de segurança n.º 1999.61.00.013297-1 (fls. 03/52), estando tal discussão dividida em vários subitens, os quais passa-se a, brevemente, comentar.

12. No subitem “Vício Formal – Lei n.º 9.718/98 – Nulidade”, alega que ao se cotejar os artigos da MP n.º 1.724, de 1998, com os artigos da Lei n.º 9.718, de 1998, da qual seria conversão, verifica-se que o conteúdo de ambas não coincide entre si, uma vez que essa última traz modificações em relação aos arts. 8º e 12, e que são substanciais as alterações em relação ao art. 8º; afirma, louvando-se na doutrina e na jurisprudência, que as emendas modificativas, havendo modificações substanciais em medidas provisórias, impedem a aplicação do dispositivo estabelecido pelo art. 62 da Constituição Federal (CF) de 1988, ou seja, a conversão em lei; diz que é seguro afirmar que a Lei n.º 9.718, de 1998, é diploma autônomo, que já nasceu nulo em razão do vício de forma encontrado em seu processo legislativo, posto que deveria ter sido precedida por um projeto de lei, submetido à aprovação das duas casas do Congresso Nacional e à sanção do Presidente da República, nos termos do art. 65 da CF de 1988, e, dessa forma, diz: *“sendo inegável o vício legislativo na formação da Lei n.º 9.718/98, não há como deixar de se reconhecer a impossibilidade de seus comandos normativos irradiarem efeitos sobre nosso ordenamento jurídico, restando evidente o direito de a Impugnante continuar a recolher a COFINS pela alíquota e base de cálculo estabelecidas pela Lei Complementar n.º 70/91, e o PIS nos moldes estabelecidos pela Lei Complementar n.º 7/70, alterada pela Lei 9.715/98”*.

13. Após, no subitem “A Emenda Constitucional n.º 20/98 e seus efeitos – inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718/98”, defende a tese, no que tange às alterações introduzidas pela EC n.º 20, de 1998, quanto ao cálculo das contribuições previstas no art. 195 da CF de 1998, que além de não serem auto-aplicáveis, não se pode aceitar que a Lei n.º 9.718, de 1998, as teria regulamentado em âmbito infra-constitucional, simplesmente porque essa lei foi publicada em 28/11/1998, quando ainda vigorava o anterior dispositivo constitucional pertinente, que somente foi alterado em 16/12/1998.

14. Na seqüência, no subitem “Vício formal da Emenda Constitucional n.º 20/98”, argumenta que existe vício formal quando da apreciação pelo



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

Congresso Nacional da EC n.º 20, de 1998, posto que a redação final do substitutivo à PEC n.º 33, de 1996, dada pela Câmara dos Deputados, não retornou ao Senado Federal para sua aprovação, tal como expressamente determina o art. 60, § 2º, da CF de 1988; afirma que tal vício é insanável e só se justifica pela “*ânsia incontida de arrecadar, ignorando a segurança jurídica que imprimiu o legislador constituinte à formação do nosso processo legislativo*”.

15. A seguir, no subitem “Vedação do artigo 246 da Constituição Federal – regulamentação de emenda constitucional por medida provisória”, sustenta que, admitida a validade da Lei n.º 9.718, de 1998, há que se admitir, também, que é o resultado da conversão da Medida Provisória n.º 1.724, de 1998, ou seja, que foi precedida por um ato presidencial, e não por um projeto de lei. E, se assim o for, infere-se que a EC n.º 20, de 1998, teve seus dispositivos regulamentados pela MP n.º 1.724, de 1998, sendo incontestável o vício de inconstitucionalidade nesse aspecto, posto que contrariou o disposto no art. 246 da CF de 1988; cita, sobre o tema, a jurisprudência.

16. Na continuação, no subitem “Alteração no conceito de faturamento”, tece considerações sobre o termo “faturamento”, contido no art. 195, I, da CF de 1988, dizendo, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que é conceito coincidente com “receita bruta”; dessa forma, em razão da Lei n.º 9.718, de 1998, (que foi publicada quando a CF de 1988 admitia tão-somente a incidência das contribuições sociais sobre o faturamento) ter eleito como base de cálculo uma grandeza absolutamente distinta dos conceitos de faturamento e receita bruta, qual seja, a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica (atingindo assim, além do faturamento, as receitas financeiras, as de aluguéis, as indenizações, enfim, todas aquelas obtidas pela pessoa jurídica, sejam operacionais ou não), leva-a a afirmar que “*é imediata a conclusão de ser incompatível, pelo que já decidiu a Corte Suprema, a definição adotada pela Lei n.º 9.718/98 com relação à expressão faturamento, com o artigo 195, inciso I da Constituição Federal, vigente na data de sua publicação*”.

17. Ainda nesse subitem, afirma que a definição de faturamento encontra-se regulada pela Lei Complementar n.º 70, de 1991, e que é imediata a conclusão de que a Lei n.º 9.718, de 1998, por ser lei ordinária, não poderia ter modificado o seu sentido, restando ferido, por esta alteração, o princípio constitucional da hierarquia das leis.

18. No mesmo subitem, porque não havia previsão de que “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica” se enquadrasse nas três bases imponíveis contidas no texto constitucional original (folha de salários, lucro e faturamento), alega que há outro vício de inconstitucionalidade a macular a vigência da Lei n.º 9.718, de 1998, qual seja, o desrespeito à norma contida no art. 195, § 4º, da CF de 1988, pela qual outras fontes de custeio da seguridade social somente terão legitimidade se instituídas pela via da lei complementar,



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

tal como determina o inciso I do art. 154, da CF de 1988; cita jurisprudência do STF sobre o tema.

19. Diz que não se pode crer que a EC n.º 20, de 1998, tenha ingressado no ordenamento jurídico para conferir validade à Lei n.º 9.718, de 1998, haja vista que o sistema jurídico brasileiro não comporta o fenômeno da constitucionalização das leis, ou seja, a edição de emendas constitucionais para conferir legitimidade às normas editadas anteriormente; acrescenta que se não há na EC n.º 20, de 1998, qualquer menção à recepção dos dispositivos estabelecidos pela Lei n.º 9.718, de 1998, só se pode chegar à conclusão de que essa lei (n.º 9.718, de 1998), é incompatível com o ordenamento constitucional vigente à época de sua publicação, e não houve a sua recepção expressa pelo novo texto constitucional que lhe daria validade; entende que não há dúvida quanto ao fato de que a EC n.º 20, de 1998, ainda não ultrapassou os limites da CF de 1988, pois seus efeitos no ordenamento infra-constitucional somente terão espaço quando for editada uma lei válida e apta a regulamentar os seus ditames, conferindo-lhes aplicabilidade; por tais razões, afirma que a Cofins somente pode ser validamente exigida nos termos da Lei Complementar n.º 70, de 1991.

20. A seguir, no subitem “Indevida expansão da base de cálculo”, comentando o art. 3º da Lei n.º 9.718, de 1998, diz que houve uma indevida expansão do conceito de faturamento quando da elaboração dessa lei, posto que a partir de sua publicação o termo faturamento passou a englobar, além das vendas de bens e serviços (como anteriormente), as receitas financeiras e operacionais e até a receita da venda de bens do ativo fixo, isto é, a totalidade das receitas auferidas durante o período considerado; afirma que *“trata-se aí, pois, de figura ou expressão nova descolada por completo de um enquadramento restrito sedimentado em norma constitucional, norma esta calçada, por sua vez, em significado suficiente fornecido pelo Direito Privado, de acordo com leitura feita nesse âmbito pelo Poder Judiciário”*.

21. No subitem “Desvio em face do Código Tributário Nacional”, após citar e comentar o art. 110 do CTN, diz que tal norma, para ser útil, tem de ser interpretada de modo a conter mandamento no sentido de *“se a Constituição da República faz uso, ao tratar do sistema tributário, de termo, figura ou expressão cujo significado é fornecido pelo Direito Privado, a lei tributária não pode, para o fim ou com efeito de onerar o contribuinte, torcer ou subverter aquele significado ou trocá-lo por outro que o negue, que o ignore”*.

22. No subitem “Inconstitucionalidade”, afirma que a figura expressamente utilizada pela Constituição vem a ser “faturamento”, que para o Poder Judiciário pode assumir a forma de “receita bruta”, que está perfeitamente definida pelo Direito Privado como derivando da venda de bens e da prestação de serviços, entendendo, assim, que a Lei n.º 9.718, de 1998, já nasceu inconstitucional no ponto em que, referindo-se ao faturamento como base de



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

cálculo da Cofins e dizendo que o mesmo corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, manda seja entendido como tal a “totalidade das receitas” (ou receita expandida), o que é indevido, como anteriormente já foi explicitado; no seguimento, transcreve excertos de julgados dos tribunais, que entende darem suporte às suas teses.

23. À guisa de conclusão, afirma que tem o direito líquido e certo de não considerar como base de cálculo da Cofins a “totalidade das receitas” imposta pela Lei n.º 9.718, de 1998, mas, sim, a receita bruta da venda de bens (mercadorias) e da prestação de serviços, conforme previsão do art. 2º da Lei Complementar n.º 70, de 1991, não se incluindo nessa base as receitas provenientes da venda de bens do ativo permanente e de operações financeiras.

24. Ao final, pelo exposto, requer o cancelamento do auto de infração; caso assim não se entenda, requer a suspensão do presente feito e, conseqüentemente, da exigibilidade do crédito tributário aqui constituído até o trânsito em julgado da respectiva ação judicial, uma vez que os valores em discussão estão depositados em juízo; protesta, ainda, pela produção de todos os meios de prova admitidos, principalmente a juntada de novos documentos.

25. Os documentos (cópias) anexados à impugnação referem-se a: cartão de identificação da pessoa jurídica (fl. 137); documentos societários (fls. 138/152); procuração (fls. 153/156); cópia de documentos de identificação dos procuradores (fls. 157/159); cópia do auto de infração em comento (fls. 160/166); cópia de peças do processo judicial n.º 2002.03.00.006488-4 (fls. 167/172); cópia de documentos para depósitos judiciais (fls. 173/192); demonstrativos de situação fiscal apurada, com anotações feitas pela impugnante (fls. 193/194); cópias de documentos referentes ao protocolo de retificação de DCTF do 1º trimestre de 2002 (fls. 195/212), do 2º trimestre de 2002 (fls. 213/232) e do 4º trimestre de 2001 (fls. 233/250); cópia de DARF referentes a pagamentos vinculados aos períodos de apuração 10/2001, 01/2002 e 06/2002 (fls. 251/253); posteriormente, em 04/12/2002, foram trazidos aos autos cópias de documentos referentes ao protocolo de retificação de DCTF do 3º trimestre de 2002 (fls. 254/278).”

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: 01/10/2001 a 31/07/2002

Ementa: LEI Nº 9.718, DE 1998. AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

A interposição de ação judicial, por qualquer modalidade, importa em renúncia às instâncias administrativas quanto às matérias nela discutidas.



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

BASES DE CÁLCULO. INCORREÇÕES. NÃO-COMPROVAÇÃO.

A alegação de incorreções no lançamento quanto à composição das bases de cálculo, não devidamente comprovada, com documentos e demonstrações claras e indiscutíveis, não deve ser levada em consideração.

Lançamento Procedente”.

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

- há incorreções nas bases de cálculo da contribuição pelo fato de terem sido constatadas diferenças entre as bases de cálculo apuradas pelo Fisco e aquelas utilizadas pela recorrente para efetuar os depósitos judiciais, em razão de que a mesma apresentou DCTF retificadoras, juntadas aos autos;
- a correta interpretação do Ato Declaratório nº 03/96 determina que a cobrança do crédito tributário seja estancada até o pronunciamento final do Judiciário, no caso de suspensão de tal crédito, o que se constitui o caso;
- conforme as razões de direito invocadas pela recorrente no Judiciário, pelo Mandado de Segurança nº 1999.61.00.013297-1 e na Medida Cautelar nº 2002.03.00.006488-4, as inovações trazidas pela Lei nº 9.718/98 são inconstitucionais; e
- deve ser declarada a nulidade do lançamento, por incluir parcelas a título de juros com utilização da SELIC, que não pode ser aplicada, ferindo o CTN e sendo inconstitucional.

É o relatório.



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

**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. DA OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

Verifica-se, inicialmente, que a recorrente ingressou no Judiciário com o objetivo de afastar a aplicação da Lei nº 9.718/98, conforme consta da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, às fls. 114/115. O auto de infração, em virtude deste fato, foi lavrado com suspensão da exigibilidade do crédito e sem aplicação da multa de ofício.

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 (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



Processo nº : 10980.011476/2002-11

Recurso nº : 123.884

Acórdão nº : 203-09.337

excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

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 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



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

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 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”, 2ª 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 da matéria recursal, em parte, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

2. DA PARTE CONHECIDA.

2.1 - DAS PRELIMINARES DE NULIDADE E DE INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA 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 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.



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

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 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.

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;



Processo nº : 10980.011476/2002-11
Recurso nº : 123.884
Acórdão nº : 203-09.337

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.

MÉRITO.

DAS INCORREÇÕES NA BASE DE CÁLCULO.

A recorrente faz vagas alegações sobre possíveis incorreções nas bases de cálculo apuradas pelo agente fiscal, sem trazer aos autos nenhum elemento probante das suas afirmações.

A referência feita à entrega das DCTF, como observado pela decisão recorrida – fl. 295, 5º -, foram feitas após o início do procedimento fiscal, quando já havia perdido a espontaneidade a recorrente.

DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

O requerimento de sobrestamento do presente processo prescinde de sustentação legal, razão por que o desconsideramos. No entanto, cabe apenas ressaltar que o crédito está com a sua exigibilidade suspensa desde o lançamento, o que afasta a possibilidade de quaisquer prejuízos à recorrente, mas apenas garante o direito da Fazenda Pública, evitando a decadência.

DA APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE PROVAS.

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



Processo nº : 10980.011476/2002-11

Recurso nº : 123.884

Acórdão nº : 203-09.337

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".

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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.011476/2002-11

Recurso nº : 123.884

Acórdão nº : 203-09.337

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer apenas em parte do recurso, por opção pela via judicial, e, na parte conhecida, rejeitar as preliminares de nulidade e de inconstitucionalidade para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES