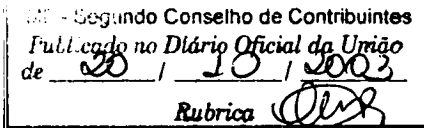




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

Recorrente : ZENGLEIN & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS. AÇÃO JUDICIAL.

Fundando-se a impugnação ao lançamento de ofício nos mesmos argumentos que embasaram ação judicial anterior, não se conhece da impugnação, porque a decisão emanada do Poder Judiciário é soberana e prevalece sobre a decisão prolatada no processo administrativo. Precedentes dos Conselhos de Contribuintes.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ZENGLEIN & CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.**

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Gilberto Cassuli
Gilberto Cassuli
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Serafim Fernandes Corrêa, Antonio Mario de Abreu Pinto, José Roberto Vieira, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/cf



Processo nº : 11065.000134/2001-81

Recurso nº : 120.523

Acórdão nº : 201-76.790

Recorrente : ZENGLEIN & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

A contribuinte foi autuada em 17/01/2001, sendo notificada na mesma data, conforme o Auto de Infração de fls. 04/05 e anexos, por "FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS", referente a períodos compreendidos entre 02/1999 e 09/2000, sendo lançado o valor do crédito apurado de R\$38.996,38, referente à contribuição devida, juros de mora e multa proporcional.

Inconformada, a empresa apresentou sua impugnação de fls. 42/65, alegando inconstitucionalidades na Lei nº 9.718/98, que promoveu alterações na legislação da COFINS, modificando a LC nº 70/91. Afirma que "*impetrou mandado de segurança visando a declaração de seu direito em recolher a Cofins somente com base no seu faturamento, a uma alíquota de 2%*". Alega violação ao princípio da hierarquia das leis; violação ao art. 110 do CTN; violação aos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e ao preceito da equidade; e aduz ser incabível a cobrança de multa, porque estaria sob o amparo de provimento judicial.

Juntou cópia de Certidão emitida pela 3ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Novo Hamburgo – RS, do Mandado de Segurança nº 99.1802276-0. Às fls. 71/115, há cópia da petição inicial do Mandado de Segurança referido, da sentença de 1º grau, denegando a segurança, e decisão do TRF - 4ª Região dando a procedência do pedido de Suspensão da Segurança, em face de liminar que fora concedida.

Resolveu, então, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS, às fls. 117/125, julgar procedente o lançamento, conforme a seguinte ementa:

"Ementa: AÇÃO JUDICIAL – ANTES OU DEPOIS DA AUTUAÇÃO – RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA – A existência de questionamento judicial, independente de ser antes ou depois da autuação fiscal, acarreta a renúncia da esfera administrativa, com a respectiva definitividade da exigência, segundo o Ato Declaratório COSIT (Normativo) nº 3, publicado no D.O.U. de 15 de fevereiro de 1996.

MULTA – INAPLICABILIDADE DO ART. 151, IV, DO CTN – EXIGÊNCIA - O lançamento de fatos geradores que não estão sob o efeito do art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, e do art. 63, caput, da Lei nº 9.430/1996, devem ser feitos com a multa aplicável ao caso em concreto.

Lançamento Procedente".

A contribuinte, às fls. 130/155, apresentou recurso voluntário manifestando sua inconformidade com a decisão atacada, trazendo os mesmos argumentos já alegados em sua impugnação, alegando, ainda, ser possível a apreciação de inconstitucionalidade no âmbito administrativo.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

Às fls. 156/157 há arrolamento de bens.

É o relatório.



Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
GILBERTO CASSULI

O recurso voluntário é **tempestivo**. Há **arrolamento de bens**, em cumprimento ao que estabelece o art. 33 do Decreto nº 70.235/72, com a **redação** hoje dada pela Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Assim, **conheço do recurso**.

A contribuinte, ora recorrente, foi **autuada pela falta** de recolhimento da COFINS, referente a períodos compreendidos entre 02/1999 e 09/2000.

Impugnou o Auto de Infração, **argüindo basicamente** que as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 na legislação da COFINS, **modificando** a LC nº 70/91, foram inconstitucionais. Afirmar que *"impetrou mandado de segurança visando a declaração de seu direito em recolher a Cofins somente com base no seu faturamento, a uma alíquota de 2%"*.

A contribuinte impetrou ação judicial, **distribuída** à 3ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Novo Hamburgo – RS, Mandado de Segurança nº 99.1802276-0. O Mandado de Segurança teve liminar concedida, sendo suspensa pelo TRF da 4ª Região em Ação de Suspensão de Segurança, e a sentença de 1ª instância **denegou a segurança** e julgou improcedente o pedido. Conforme a Certidão juntada, foi **interposto recurso** de apelação pelos impetrantes do Mandado de Segurança.

A DRJ julgou procedente o lançamento, afirmando que *"A existência de questionamento judicial, independente de ser antes ou depois da autuação fiscal, acarreta a renúncia da esfera administrativa, com a respectiva definitividade da exigência"*.

Inicialmente, cabe esclarecer que, sendo as **alegações** trazidas pela contribuinte de argüição de constitucionalidade e/ou legalidade de **normas vigentes**, não podem ser conhecidas.

Com relação a esses argumentos da **contribuinte**, firmou-se entendimento no sentido de não haver possibilidade de argüição de **inconstitucionalidade de norma legal** em sede de processo administrativo.

Com acerto se pronunciou a DRJ afirmando que a argüição de inconstitucionalidade é uma questão não oponível na **esfera administrativa** por transbordar o limite de sua competência o julgamento da matéria do **ponto de vista constitucional**. Laborou acertadamente ao afirmar ser defeso aos órgãos administrativos, de **forma original**, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o **lançamento**, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Ademais, o Regimento Interno dos **Conselhos de Contribuintes**, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, com a alteração trazida pela Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, estabelece:



Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

"Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II – objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III – que embasem a exigência do crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal. (Artigo incluído pelo art. 5º da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002)." (grifamos)

Com relação à questão da **opção pela via judicial**, que levou a DRJ a não conhecer da impugnação, cabe esclarecer que a impugnação apresentada ao lançamento de ofício se funda nos mesmos argumentos que embasaram o Mandado de Segurança referido.

Assim, porque a decisão emanada no Poder Judiciário é soberana e prevalece sobre a decisão prolatada no processo administrativo, os argumentos ventilados em ação judicial não podem ser conhecidos pela Administração. Neste sentido pende a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, como se observa do Acórdão nº 203-08.232, Relatora a Conselheira Lina Maria Vieira:

"NORMAS PROCESSUAIS. DECADÊNCIA. *As contribuições sociais, dentre elas a referente ao PIS, embora não compondo o elenco dos impostos, têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com as constitucionais que lhe forem específicas. Em face do disposto nos arts. 146, III, 'b', e 149 da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior recepcionada pela Constituição Federal, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral, prevista no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150 do mesmo Código, hipótese em*

5



Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

que o termo inicial para contagem do prazo de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito. Preliminar acolhida por maioria.

DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. *A submissão da matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial. Recurso conhecido nesta parte.*

PIS. SEMESTRALIDADE. BASE DE CÁLCULO. *A base de cálculo do PIS, até a edição da MP nº 1.212/95, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária (Primeira Seção STJ - REsp nº 144.708 - RS, e CSRF). Aplica-se este entendimento, com base na LC nº 7/70, aos fatos geradores ocorridos até 29 de fevereiro de 1996, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da IN SRF nº 06, de 19/01/2000.*

CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA. *Cancela-se o lançamento relativo ao período de apuração de outubro de 1995 a fevereiro de 1996, formalizado com base na Medida Provisória nº 1.212/95 e reedições, em virtude de afronta ao princípio da anterioridade monagesimal previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal de 1988.*

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, devendo incidir, apenas, sobre o crédito tributário não coberto pelos valores recolhidos a maior, com base nos indigitados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Recurso parcialmente provido."*

Acórdão nº 101-93.693, Relator o Conselheiro Francisco de Assis Miranda:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS AÇÕES JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES IMPOSSIBILIDADE – *A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento 'ex-officio', enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade administrativa.*

LANÇAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO - DESCABIMENTO – *Conforme disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96 e normatizado através do ADN COSIT nº 01/97, é indevido o lançamento da multa de ofício nos casos em que o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, cuja exigibilidade houver sido suspensa pelo Poder Judiciário.*

JUROS DE MORA TAXA SELIC – *Somente não caberá a cobrança de juros de mora a constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência relativa a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa, se acompanhada de depósito judicial integral. A partir de 01.04.95, os juros de mora são equivalentes à taxa referencial do Sistema*



Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

Especial de Liquidação e Custódia - Selic, nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95. Provimento parcial."

Acórdão nº 201-73.626, Relator o Conselheiro Serafim Fernandes Corrêa:

"NORMAS PROCESSUAIS - VIA JUDICIAL – A opção pela via judicial implica na renúncia ou desistência da esfera administrativa no que for comum ao processo administrativo e ao processo judicial, declarando-se constituída definitivamente a exigência do crédito tributário na esfera administrativa.

NULIDADE – Incorrendo uma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade.

IPI - MULTA DE OFÍCIO – Nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa, na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

AÇÚCAR DE CANA, SUSPENSÃO DO IPI. REMESSA NÃO COMPROVADA PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS – Estando comprovado o não ingresso do açúcar na Zona Franca de Manaus para onde deveria ter ido, de acordo com as notas fiscais com suspensão do imposto, o remetente é responsável pelo recolhimento do imposto suspenso. A alíquota do açúcar remetido, nos termos da Lei nº 8.383/91 e Decreto nº 420/92, era inquestionavelmente de 18%, pois, se fosse zero, não haveria necessidade nem da suspensão, nem de recurso ao Judiciário, no sentido de abster-se de seu recolhimento.

REVOGAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.393/91 – O artigo 2º da Lei nº 8.393/91, que estabeleceu a alíquota de 18%, efetivamente, foi revogado pelo artigo 82, inciso I, alínea 'i', da Lei nº 9.532/97, mas somente a partir de 10 de dezembro de 1997, não retroagindo os seus efeitos sobre os fatos geradores anteriores. **Recurso não conhecido quanto à matéria em apreciação pelo Judiciário, provido quanto à multa de ofício lançada sobre o crédito com exigibilidade suspensa e negado provimento quanto às demais matérias."**

No que tange à multa de ofício aplicada, não há o que alterar. Com efeito, observa-se que o lançamento foi efetuado após a cassação da medida liminar, sendo que a segurança foi denegada.

A respeito, manifestou-se com propriedade a DRJ (em que pese o depósito ser direito subjetivo da parte, independentemente de autorização judicial):

"Também deve-se indeferir o pleito do cancelamento da multa de ofício (75%) porque o lançamento somente ocorreu em 27/11/2000 (fl. 01), estando a liminar parcial da ação judicial do contribuinte já devidamente cassada, com prolação de sentença de mérito desfavorável a este (em 28/04/2000), conforme fl. 67, não vindo a beneficiá-lo dos efeitos do art. 151, IV, do Código Tributário Nacional, nem o art. 63, caput, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro



Processo nº : 11065.000134/2001-81
Recurso nº : 120.523
Acórdão nº : 201-76.790

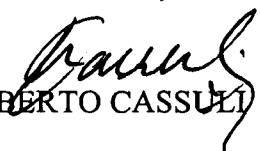
de 1996, visto que se aplicam a situações quando a exigibilidade estiver suspensa no momento do lançamento fiscal, fato não configurado no caso em concreto, nem houve depósito judicial da parte litigiosa pelo litigante, visto que o Poder Judiciário não autorizou este procedimento (fl. 75), não constando dos autos qualquer referência a realização extra-judicial deste." (fl. 124).

Assim, não merece reparos a decisão proferida pela DRJ, que é mantida por seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário, mantendo o lançamento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003


GILBERTO CASSULI

