



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 11075.001140/2006-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-000.530 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2012
Matéria IPI. MULTA REGULAMENTAR.
Recorrente KRAFT FOODS BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 01/03/2006

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA DAS
AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de
inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel
cumprimento à legislação vigente.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação, que deve ser
expressa, considerando-se não impugnada a matéria que não tenha sido
diretamente contestada pelo impugnante. Inadmissível a apreciação em grau
de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*.

Recurso voluntário conhecido em parte; na parte conhecida, recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer
em parte do recurso; na parte conhecida, em negar provimento ao recurso voluntário.
Declararam-se impedidos os Conselheiros Rodrigo Cardozo Miranda e Gilberto de Castro
Moreira Junior.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da
Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo
Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva
Murgel.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“Conforme Auto de Infração das fls. 1 a 3 e anexos, o estabelecimento acima qualificado foi autuado para exigência de multa no valor de R\$ 52.445,03, igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, pela emissão, fora dos casos permitidos no Decreto nº. 4.544, de 26 de dezembro de 2002, Regulamento do IPI (RIPI), de 2002, de nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, multa essa tratada no art. 490, II, do referido diploma regulamentar.

No caso, em 12 de março de 2006, no Porto Seco de Uruguaiana, o interessado promoveu o despacho aduaneiro de exportação, protocolizado sob o nº. 2060227505/9, instruído, em especial, com as Notas Fiscais nºs. 164132, 164133 e 164134, série 7, emitidas em 20 de fevereiro de 2006. A documentação instrutiva do despacho aduaneiro indicava 3.839 caixas de chocolate "Milka Leger Branco", tendo sido apurada, na verificação física da mercadoria, a existência de 2.860 caixas, evidenciando a falta de 979 caixas, motivo pelo qual o fato foi enquadrado no dispositivo mencionado no item precedente.

Menciona a fiscalização que, posteriormente, o despacho em questão foi cancelado, conforme Processo nº. 11075.000490/2006-91, tendo sido promovido novo despacho, sob nº. 2060289023/3, instruído com documentação compatível com a quantidade exportada.

Cientificado da exigência em 30 de maio de 2006, segundo o Aviso de Recebimento (AR) da fl. 34, o interessado impugnou tempestivamente a exigência, por meio do arrazoado das fls. 37 a 39, postado em 29 de junho de 2006, conforme consta na fl. 36, arrazoado esse firmado por advogados habilitados pela procuração da fl. 40 e instruído com os documentos das fls. 41 a 62, alegando que a multa de 100% é confiscatória, por desapropriar o contribuinte de parte de seu patrimônio, de forma desproporcional, o que é expressamente vedado pelo art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, citando e transcrevendo jurisprudência e doutrina nesse sentido. À vista disso, pede a improcedência da autuação.”

A DRJ-Porto Alegre/RS não conheceu da impugnação (fls. 68/69), nos termos da ementa adiante transcrita:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - IPI*

Data do fato gerador: 01/03/2006

MULTA. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, por expressa disposição legal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, proibição que torna esta Turma incompetente para apreciar pleito nesse sentido.

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário perante este Colegiado (fls.91/101), alegando, em síntese:

- preliminarmente, a nulidade da decisão de primeira instância. Afirma que decisão deixou de conhecer da impugnação sob o fundamento de que seria vedado expressamente, aos órgãos de julgamento de processos administrativos fiscais, afastarem a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade. Para tanto, arrimou-se a autoridade julgadora em legislação que não se encontrava em vigor à época em que foi apresentada a impugnação, qual seja, o art. 25 da Lei nº. 11.941, de 27 de maio de 2009, que alterou a redação do *caput* do art. 26-A do Decreto nº. 70.235, de 06 de março de 1972. Aduz, ainda, que sempre foi possível que a autoridade administrativa, ao julgar qualquer controvérsia, analisasse e interpretasse todos os textos legais aplicáveis ao caso, incluindo os princípios basilares trazidos pela Constituição;

- no mérito, suscitou a inexistência de prova material capaz de fundamentar o lançamento e o não cabimento da aplicação da sanção em razão da ausência de lesividade da conduta.

Ao final, requereu a nulidade da decisão de primeira instância e, sucessivamente, a improcedência do Auto de Infração.

É o Relatório

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

A recorrente, em sede de impugnação, trouxe tão-somente a arguição de inconstitucionalidade da multa que lhe foi infligida, ao argumento de que esta teria caráter confiscatório, por desapropriar o contribuinte de parte de seu patrimônio de forma desproporcional, afrontando assim, o disposto no art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

As instâncias administrativas de julgamento não possuem competência legal para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto pela Constituição Federal, em seu art. 102, incisos I, “a” e III, “b”, onde estão configuradas as duas formas de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de ação (ou concentrado) e o controle por via de exceção (ou difuso).

No Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade por este Poder - seja com efeitos *erga omnes* (no controle concentrado de constitucionalidade), seja com efeito *inter partes* (no controle difuso) - a lei gozará de

presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, será válida e terá aplicação cogente em todo o território nacional.

É óbvio que a Administração tem o poder e até mesmo o dever de afastar a aplicação de lei inconstitucional, pois esta é ato nulo, não obriga, não vincula. Entretanto, não pode a Administração negar-se à aplicação de lei que apenas entenda ser inconstitucional, pois não lhe compete realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Sem a declaração de inconstitucionalidade daquele que é competente para tanto, não há que se falar em lei inconstitucional. Não tendo a Constituição Federal dado competência aos órgãos da Administração para efetuarem o controle de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional.

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário, como também fere de morte um dos princípios norteadores da Administração Pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei, está reconhecendo sua constitucionalidade.

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, cito excerto do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134):

“(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.”

Assim, afastada, portanto, a inconstitucionalidade apontada pela recorrente: primeiro, porque milita a favor de todas as leis a presunção de constitucionalidade; segundo, porque, mesmo sendo uma presunção *juris tantum*, só ao órgão legitimamente indicado pela Constituição Federal como competente para exercer o controle de constitucionalidade cabe desconstituir tal presunção.

Desta forma, acertada a decisão de primeira instância, que não conheceu da impugnação por entender que a matéria fugia de sua competência, cabendo ao Poder Judiciário apreciar questões de inconstitucionalidade. É o que se vê da leitura do voto condutor do Acórdão, ao afirmar o seguinte (fl. 69):

Consequentemente, falece competência ao julgador administrativo para examinar a alegação de inconstitucionalidade da multa, que está devidamente prevista em lei, no caso, a Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 83, inciso II, e Decreto-lei nº. 400, de 30 de dezembro de 1968, art. 1º, alteração 2ª, sendo essa a base legal do art. 490, II, do RIPI, de 2002. O exame de argumento dessa natureza é prerrogativa do Poder Judiciário.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância suscitada pela recorrente.

No mérito, alegou a interessada a inexistência de prova material capaz de fundamentar o lançamento e o não cabimento da aplicação da sanção em razão da ausência de lesividade da conduta.

Acontece, porém, que tais argumentos de defesa não foram suscitados na impugnação, de forma que a argumentação trazida pela querelante, em sede de recurso, não foi analisada pela DRJ, o que impede a apreciação da matéria por esta instância superior, a qual tem por objetivo a revisão das decisões da instância *a quo*.

Utilizando-se de novos argumentos, vê-se, claramente, que pretende a recorrente alargar os limites do litígio, já instaurado por meio da impugnação. Entretanto, não é lícito ao querelante inovar na postulação recursal, incluindo questão diversa daquela que foi originariamente deduzida quando da apresentação da impugnação perante a instância julgadora *a quo*, pois o duplo grau de jurisdição assegura a devolução à autoridade *ad quem* apenas da matéria impugnada, vez que, nos termos do art. 14 do Decreto-lei nº. 70.235/1976, em relação à matéria não impugnada, não se tem por instaurado o litígio.

Isto porque as alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constituem-se em verdadeiro ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não o sendo praticado no tempo certo, surge para a parte conseqüências gravosas, dentre elas a perda do direito de o fazê-lo posteriormente, pois, nesta hipótese, opera-se o fenômeno denominado de preclusão, não se admitindo, em regra, ressuscitar-se questões já ultrapassadas em fases anteriores. Daí que, não tendo sido deduzidas a tempo as razões apresentadas somente na fase recursal, delas não se pode conhecer.

Pelo exposto, **CONHEÇO EM PARTE** do recurso voluntário e, na parte conhecida, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres