



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

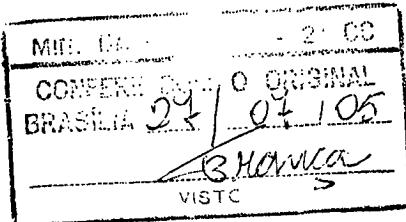
2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10380.009531/2003-45  
Recurso nº : 127.876  
Acórdão nº : 204-00.157

Recorrente : COTECE S.A.  
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
De 28 / 03 / 06

VISTO



**NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. VIA ADMINISTRATIVA. DESISTÊNCIA.** A opção pela via judicial configura desistência da via administrativa. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, a administrativa e a judicial. A decisão administrativa seria inócuia perante a judicial.

**CONSTITUCIONALIDADE DE LEI.** A análise da legalidade ou constitucionalidade de uma norma legal está reservada privativamente ao Poder Judiciário, conforme previsto nos arts. 97 e 102, III, b, da Carta Magna; não cabendo, portanto, à autoridade administrativa, apreciar a constitucionalidade de lei, limitando-se tão-somente a aplicá-la. Nos termos do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente em razão de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nos casos expressos no referido ato normativo.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.** Somente serão nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com cerceamento do direito de defesa, conforme definido no inciso I do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. A autuação estando perfeitamente motivada e justificada, pelos documentos que a acompanham, não se caracteriza prejuízo ao direito de defesa do autuado.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **COTECE S.A.**

**ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005

Henrique Pinheiro Torres  
**Presidente**

Sandra Barbon Lewis  
**Relatora**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos e Adriene Maria de Miranda.  
Imp/fclb



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2000
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24.04.2005
<i>AFM/OMC</i>
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10380.009531/2003-45  
Recurso nº : 127.876  
Acórdão nº : 204-00.157

Recorrente : COTECE S.A.

## RELATÓRIO

Trata-se de lançamento da COFINS, referente ao ano-calendário 1999-2000, mantido pela primeira instância.

A Recorrente foi autuada por meio do Auto de Infração de fls. 104/10, referente à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social CONFINS.

Notificada da autuação, a Recorrente apresentou impugnação alegando, em síntese, preliminarmente, o cerceamento de direito de defesa, em vista da nulidade do auto de infração, por não observância de normas atinentes ao MPF; por conter lançamento efetivado sobre período não circunscrito ao MPF complementar, que inicialmente se referia a IRPJ e CSLL tendo a autuação recaído sobre PIS e COFINS; nulidade por vício formal do MPF, por suposta extração de prazos e ainda cerceamento de direito de defesa por ausência de prévio conhecimento sobre a matéria investigada. No mérito, aduziu a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, que determinou a majoração da alíquota de 2% para 3%; constitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 20/98. Pediu, ao final, o acolhimento da preliminar, anulando-se o auto de infração e no mérito a improcedência do lançamento.

A decisão de primeiro grau (fls. 89/104) manteve o lançamento, afastando a pretensão da Recorrente pelos seguintes argumentos: a) rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por constituir o MPF elemento de controle da administração tributária não influenciando na legitimidade do lançamento tributário; e b) que não se verificou no presente caso qualquer hipótese de nulidade prevista no art. 59, do Decreto nº 70.235/72. No mérito, a procedência do lançamento.

Inconformada, a Recorrente interpôs, junto a este Segundo Conselho de Contribuintes, o recurso voluntário de fls. 110 a 143, sendo que o referido apelo repisa, de forma geral, suas razões de impugnação. Afirma também à fl. 117 que a matéria do presente feito estaria sendo discutida judicialmente e a impossibilidade de utilização de medida provisória no presente caso. Requer, em síntese, o integral provimento de seu recurso para reformar a decisão de primeiro grau, anulando-se o procedimento fiscal e, como consequência, o indeferimento do lançamento. O recurso em comento está garantido pelo arrolamento de bens.

É o relatório. *MM*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24.10.105
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10380.009531/2003-45

Recurso nº : 127.876

Acórdão nº : 204-00.157

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA**  
**SANDRA BARBON LEWIS**

Sendo tempestivo o recurso, passo a decidir.

A controvérsia cinge-se à eventual ocorrência de cerceamento de direito de defesa no procedimento administrativo fiscal, bem como a irregularidades no mesmo procedimento, por vício formal, o que ocasionaria a nulidade do procedimento administrativo fiscal; a constitucionalidade da Lei nº 9718/98 e Emenda Constitucional nº 20/98, bem como impossibilidade de uso de medida provisória como ato normativo para o presente caso e opção pela via judicial, o que implicaria a improcedência do lançamento.

**Opção pela via Judicial**

Verifico, em sede de considerações preliminares, que o presente recurso voluntário deve ser negado por esta instância, pois a afirmação da Recorrente (fl. 117) de que a matéria aqui discutida seria objeto de ação judicial impede a manifestação por parte deste Conselho sobre a matéria, sendo, portanto, inócuá a decisão administrativa perante a judicial.

Isso porque, a opção pela via judicial importa em desistência do processo administrativo conforme determinação do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal, *verbis*:

*Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.*

*Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.* (grifamos e destacamos)

Por outro lado, em que pese a existência de ação judicial concomitantemente com o presente processo administrativo, a lavratura do auto de infração não é impedida pela opção pela via judicial, eis que, prevalecendo esta, resta cancelado o lançamento, razão pela qual não há que se falar em anulação ou improcedência do lançamento efetivado contra a Recorrente. Ademais, impõe-se a realização do lançamento para evitar que eventualmente possa ocorrer a prescrição e decadência em face do tributo em análise.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

RECEBIDO - 2º CC
CONFIRME COM O ORIGINAL
BRASÍLIA, 24.10.05
<i>R. Hanau</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10380.009531/2003-45

Recurso nº : 127.876

Acórdão nº : 204-00.157

### Ilegalidade e Inconstitucionalidade de Leis e Regras Legais

Está consolidado o entendimento de que os Conselhos de Contribuintes não detêm competência para apreciar argüição de inconstitucionalidade de atos legais, por se tratar de órgãos julgadores administrativos, limitando-se tão-somente a aplicá-la sem emitir juízo sobre a sua legalidade ou constitucionalidade.

Aliás, essa conclusão decorre dos arts. 97 e 102, III, b, da Constituição Federal que reserva ao Poder Judiciário competência privativa para a análise da legalidade ou constitucionalidade de uma norma legal. Acrescente-se ainda o comando do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes que dispõe ser defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente em razão de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nos casos expressos no referido ato normativo.

A constitucionalidade de norma somente é apreciada no âmbito administrativo quando se encontra pacificada a interpretação no judiciário, não mais comportando divergência quanto a essa circunstância ou quando haja pronunciamento do Supremo Tribunal Federal – STF declarando a referida inconstitucionalidade.

Nesse sentido é o entendimento, já pacífico, da jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, conforme se infere do julgado abaixo, no qual o Conselheiro José Antônio Minatel, através do Acórdão nº 108-03.820, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, apresenta contribuição significativa sobre o tema:

*Primeiramente, quero consignar que tenho entendimento firmado no sentido de que 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.*

*O pronunciamento do Conselho de Contribuintes tem sido admitido não para declarar a inexistência de harmonia da norma com o Texto Maior, por lhe faltar esta competência, mas para certificar, em cada caso, se há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a matéria em litígio e, em caso afirmativo, antecipar aquele decisum para o caso concreto sob exame, poupando o Poder Judiciário de ações repetitivas, com a antecipação da tutela, na esfera administrativa, que viria mais tarde a ser reconhecida na atividade jurisdicional.*

Dessa forma, resta prejudicada a análise e consideração dos argumentos aventados pela Recorrente no que pertine à legalidade e a inconstitucionalidade de regras atinentes ao MPF e ao tributo em comento, razão pela qual, igualmente, não merece reparo a decisão de primeira instância, devendo a mesma ser mantida. //



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2º CC

CONFIRA O DIA O CONSELHO  
BRASÍLIA 24/04/05

VISTO

*Ramalho*

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10380.009531/2003-45  
Recurso nº : 127.876  
Acórdão nº : 204-00.157

### Nulidade do Procedimento Fiscal

Alega ainda a Recorrente a nulidade do procedimento fiscal em vista de irregularidades formais no MPF, por conter lançamento efetivado sobre período não circunscrito ao MPF complementar; por extração de prazos, cerceamento de direito de defesa por ausência de prévio conhecimento da matéria investigada, o que implicaria a improcedência do lançamento.

Quanto a esses fatos, razão não assiste à Recorrente.

Primeiramente, cumpre registrar que somente serão nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com cerceamento do direito de defesa, conforme definido no inciso I do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, o que não se verifica no presente caso, em que, conforme registrado na decisão de primeiro grau, a autuação está perfeitamente motivada e justificada, conforme demonstram o seu teor e os documentos que a acompanham, não tendo se caracterizado prejuízo ao direito de defesa da Recorrente.

Destarte, o auto de infração vergastado preenche todos os requisitos exigidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e contém todas as informações necessárias ao pleno exercício de direito de defesa do sujeito passivo, tendo o Fisco cumprido todas as normas referentes ao procedimento e disponibilizado ao contribuinte informações sobre as prorrogações do MPF por meio de publicação no "site" da Receita, seja quanto aos prazos, seja quanto ao período de apuração, o que afasta de forma irretorquível o argumento da Recorrente sobre as irregularidades formais do MPF.

Em vista desses argumentos, verifica-se a inexistência de cerceamento do direito de defesa da Recorrente, estando o procedimento fiscal em harmonia com a legislação de regência.

### Utilização de Medida Provisória

No que pertine à utilização de Medidas Provisórias para criação de tributos, não obstante todo o exposto, quanto aos argumentos de constitucionalidade material e formal da Lei nº 9.718/1998, afastam-se os argumentos da Recorrente, especialmente, pelo fato de que, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca do tema no Recurso Extraordinário nº 138284-8 CE, de 01/07/1992, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, que transcrevo naquilo que interessa a este julgado:

*VII. 1 – A criação do tributo mediante medida provisória*

*Há os que sustentam que o tributo não pode ser instituído mediante medida provisória. A questão, no particular, merece algumas considerações. Convém*

*//*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

DA FAZENDA - 2º CC
CONFIRME COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24.05.05
S. M. L.
VISTO

2º CC-MF
FL.

Processo nº : 10380.009531/2003-45

Recurso nº : 127.876

Acórdão nº : 204-00.157

registrar, primeiro que tudo, que a constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no que toca à matéria. E se a medida provisória vem a se transformar em lei, a objeção perde objeto. É o que ocorreu no caso. A M.P. nº 22, de 06.12.88, foi convertida na Lei nº 7.689, de 15.12.1988.

Não seria, portanto, pelo fato de que foi a contribuição criada originariamente, mediante medida provisória, que seria ela inconstitucional.

#### VII. 2 – Inexistência de lei complementar.

A norma matriz das contribuições sociais, bem assim das contribuições corporativas, é o art. 149 da Constituição Federal. O artigo 149 sujeita tais contribuições, todas elas, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). Isto, entretanto, não quer dizer, também já falamos, que somente a lei complementar pode instituir tais contribuições. Elas se sujeitam, é certo, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). Todavia, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (art. 146, III, "a"). Somente para aqueles que entendem que a contribuição é imposto é que a exigência teria cabimento. Essa é, aliás, a lição sempre precisa do eminentíssimo SACHA CALMOM NAVARRO COELHO, hoje professor titular da U.F.M.G. (Sacha Calmom Navarro Coelho, "Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário", forense, 1990, págs. 145/146).

Assim sendo, rejeitada está a pretensão da Recorrente neste ponto.

#### Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida em todos os seus termos, confirmando-se o lançamento efetuado contra a Recorrente.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005.

SANDRA BARBON LEWIS