Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 02 / 06 / 06
VISTO

Processo nº : 10380.009533/2003-34
Recurso nº : 127.886
Acórdão nº : 204-00.188

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

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26 / Dez / 05
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 inócua 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.

.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 ao recurso.**

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.

Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26 / 12 / 05
VISTO

Processo nº : 10380.009533/2003-34
Recurso nº : 127.886
Acórdão nº : 204-00.188

Recorrente : COTECE S.A

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento do PIS, referente ao período de 1998/1999, mantido pela primeira instância.

A Recorrente foi autuada por meio do Auto de Infração de fls. 04/10, referente à PIS.

Notificada da autuação, a Recorrente apresentou impugnação alegando, em síntese, preliminarmente, o cerceamento do 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 extrapolação de prazos e ainda cerceamento do direito de defesa por ausência de prévio conhecimento sobre a matéria investigada; e ainda decadência de parte da exação. No mérito, aduziu a compensação tributária por força de ordem judicial; inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, que determinou a majoração da alíquota de 2% para 3%; inconstitucionalidade 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. 121/134) 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. 141 a 173, sendo que o referido apelo repisa, de forma geral, suas razões de impugnação. Afirma também à fl. 147 que a matéria do presente feito estaria sendo discutida judicialmente. Requer, em síntese, o integral provimento de seu recurso para reformar a decisão de primeiro grau, anulando-se o procedimento fiscal e, como conseqüência, o indeferimento do lançamento. O recurso em comento está garantido pelo arrolamento de bens.

É o relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
SANDRA BARBON LEWIS

Sendo tempestivo o recurso, passo a decidir.

A controvérsia cinge-se à eventual ocorrência de cerceamento do 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; decadência de parte da exação; extinção do crédito tributário por força de ordem judicial; a inconstitucionalidade de leis e o critério da semestralidade na exigência do PIS, o que implicaria a improcedência do lançamento.

Opção pela via Judicial

Alega a Recorrente que o crédito tributário estaria extinto por força de ordem judicial que teria autorizado a compensação do tributo objeto do presente.

Essa afirmação da Recorrente de que a matéria aqui discutida é objeto de ação judicial impede a manifestação por parte deste Conselho sobre a matéria, sendo, portanto, inócua 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.

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.

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 extrapolação de prazos, cerceamento do 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 a 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.

Decadência da Exação

Em suas razões recursais, a Recorrente alega decadência de parte do lançamento efetuado (agosto e setembro de 1998), argumentando que nos termos do Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Uma vez mais, razão não assiste à Recorrente, pois não se verifica no presente caso a ocorrência de decadência, conforme pretende a Recorrente. É que houve equívoco por parte da Recorrente na contagem do prazo decadencial, de 05 (cinco) anos, que deve ser contado do fato gerador, não se verificando, de forma irretorquível, no presente caso, tendo o período do procedimento administrativo procedido de forma adequada, não merecendo reforma a decisão recorrida.

Diante do exposto, rejeito as argüições de decadência suscitadas pela defesa.

Semestralidade do PIS

A impugnante entende que na apuração da base de cálculo da contribuição para o PIS deveria ter sido observado o faturamento do sexto mês anterior ao do pagamento, conforme previsto na Lei Complementar nº 7, de 1970.

Contudo, equivoca-se a impugnante, pois os 06 (seis) meses previstos no citado dispositivo legal correspondem a prazo de recolhimento, devendo-se, portanto, observar as alterações posteriores da legislação.

O art. 114 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5172, de 1966, define como fato gerador da obrigação principal "*a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*". Concernente ao PIS, o fato gerador ocorre no mês em que se apura o faturamento, visto que é esta a situação fática prevista em lei para se verificar se a contribuição é devida. Segundo Paulo de Barros Carvalho:

> *Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na conseqüência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. (Curso de Direito Tributário, 7ª ed.. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 227-228)*

Portanto, a base de cálculo está intrinsecamente relacionada com o aspecto material da hipótese de incidência, sendo equivocado admitir-se que o fato gerador ocorra em determinado mês, relativamente à base de cálculo apurada em outro. Sendo possível determinar a base de cálculo (conseqüente), é porque já ocorreu o fato gerador (antecedente). Aquela deriva desse, nunca o contrário.

A base de cálculo apurada em determinado mês é conseqüência que "*confirma*" a ocorrência do fato gerador nesse mês, nunca que serve ao cálculo de outro fato gerador a ocorrer futuramente. Nos termos da Lei Complementar nº 7, de 1970, a contribuição seria devida somente em relação ao sexto mês após a ocorrência do fato gerador. Ora, se a contribuição apurada no mês ainda não era devida, somente pode estar a exigibilidade sujeita a condição, a termo ou a prazo, uma vez que, repise-se, o pressuposto fático de sua exigência já ocorreu.

Não se trata, obviamente, de condição, pois não há condição que dependa unicamente de tempo. Não se trata, tampouco, de termo, posto que o prazo de seis meses é fixo, e não indefinido. Então, somente pode se tratar de prazo.

Logo, os 180 dias previstos no art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7, de 1970, referem-se a prazo de recolhimento da contribuição.

Desta forma, equivoca-se a autuada quanto ao prazo de recolhimento da contribuição para o PIS.

Por tanto, nenhum reparo cabe no procedimento do agente do Fisco.

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