



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 15 / 02 / 2002
Rubrica

340

Processo : 10480.014671/98-42
Acórdão : 201-74.154

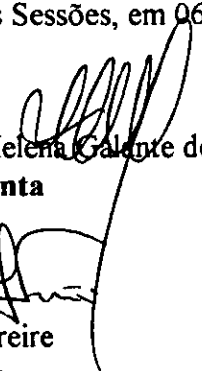
Sessão : 06 de dezembro de 2000
Recurso : 114.377
Recorrente : MOINHO PETINHO IND. E COM. LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

PIS – 1 - Descabe à Administração fazer juízo de constitucionalidade de lei ou ato normativo, matéria reservada ao Poder Judiciário. 2 – A base de cálculo do PIS, após o advento da MP nº 1.212/95, é o faturamento do mês da ocorrência do fato gerador (art. 2º, I). Precedentes do STJ: Recursos Especiais nºs 240.938/RS e 255.520/RS. 3 – É legítima a aplicação da Taxa SELIC como juros moratórios. Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
MOINHO PETINHO IND. E COM. LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2000


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Jorge Freire
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Ana Neyle Olímpio Holanda, Serafim Fernandes Corrêa, Valdemar Ludvig, Antonio Mário de Abreu Pinto e Sérgio Gomes Velloso.

Eaal/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.014671/98-42**Acórdão : 201-74.154****Recurso : 114.377****Recorrente : MOINHO PETINHO IND. E COM. LTDA.**

RELATÓRIO

A empresa epigrafada foi autuada por falta ou insuficiência de recolhimento do PIS relativo ao período entre junho de 1995 e agosto de 1998, tendo a decisão recorrida mantido integralmente o lançamento.

Em suas razões recursais a empresa alega, em síntese, que o cálculo da exação foi incorreto, tendo em vista que a LC nº 07/70 determina que a base impositiva do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador. Admite que a forma de cálculo utilizado pelo Fisco pode ser feita após a edição da MP nº 1.212/95, mas que esta está eivada de inconstitucionalidade, por ter modificado, via ato legal com eficácia de lei ordinária, matéria reservada à lei complementar. Traz à colação escólio jurisprudencial, que entende dar guarida a tal exegese. Por fim, insurge-se contra a aplicação da Taxa SELIC como juros moratórios, posto que, em seu entender, o artigo 161 do CTN estabelece como limite máximo juros moratórios no percentual de um por cento ao mês, e que, desta forma, somente lei complementar poderia elevar o percentual acima daquele mencionado.

O recurso foi recebido e processado sem o depósito recursal ao amparo de sentença em mandado de segurança (cópia às fls. 328/329).

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.014671/98-42
 Acórdão : 201-74.154

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

Quanto às alegações de índole constitucional, não as conheço, uma vez remansoso o entendimento desta Corte Administrativa de que falece competência à Administração fazer juízo acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo. A respeito, longamente manifestei-me no Acórdão nº 201-70.501 (Recurso nº 98.976), votado em 19 de novembro de 1996, cujo excerto, com pequenas modificações, a seguir transcrevo:

“...Os Tribunais Administrativos Tributários têm, como função precípua, o controle da legalidade das questões fiscais, e assim agindo são como uma espécie de filtro para o Poder Judiciário. Diante disso, devem agir, em que pese sua autonomia, em sintonia com aquele Poder, de modo a buscar eficácia e justiça na aplicação das leis fiscais. Um dos objetivos da segunda instância, quer em processos judiciais, quer em processos administrativos, é, dentre outros, a uniformização das decisões. Sem essa o caos estará instalado, pois não haverá forma eficaz de controle e administração da máquina administrativa controladora.

De outra banda, vem crescendo no Brasil, historicamente, a concentração do controle da constitucionalidade das leis¹. De 1891, modelo difuso transplantado dos Estados Unidos à Emenda Constitucional 03, de 17 de março de 1993, em apertada síntese, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos vem num crescente que leva, inequivocamente, a uma tendência concentradora.

Como está hoje o ordenamento jurídico brasileiro, nossa jurisdição é una, o que leva a que todo ato administrativo possa ser revisto pelo Poder judiciário. Não há dúvida que as decisões administrativas, quer as emanadas em “juízo” singular quer as oriundas de “juízo” coletivo, são espécies de ato administrativo (ato administrativo decisório), e como tal sujeitam-se ao controle do

¹ Nesse sentido ensina POLETTI, Ronaldo. “Controle da Constitucionalidade das Leis”, 2a. ed., 2a. tiragem, Forense, RJ, 1995, p. 71/96



Processo : 10480.014671/98-42
Acórdão : 201-74.154

Judiciário. A lógica de nosso sistema de jurisdição una está justamente nas garantias que são dadas ao magistrado de modo que este, em tese, fique resguardado de qualquer pressão. É o princípio do juízo natural.

Sejamos pragmáticos: os julgadores, a nível de Ministério da Fazenda, ou vinculam-se ao Secretário da Receita Federal (as DRJs a este subordinam-se hierarquicamente) ou vinculam-se ao próprio Ministro (como é o caso dos Conselhos de Contribuintes). Portanto, lhes falta o elemento subjetivo que faz da jurisdição brasileira ser una, ou seja, a independência absoluta. A questão não é de competência técnica, mas sim de legitimação e independência institucional. Nada impede que o ordenamento mude a este respeito, mas a realidade hoje é esta. Este é o entendimento de Bonilha² e Nogueira³.

No mesmo sentido, há a presunção de constitucionalidade de todos os atos oriundos do legislativo, e são a estes que as autoridades tributárias, com supedâneo no princípio da legalidade, vinculam-se. Ademais, prevê a Constituição que, se o Presidente da República entender que determinada norma macula a Constituição, deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, art. 78, caput).

Sem embargo, sendo o Presidente da República o topo hierárquico da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88 (auxiliado por seus Ministros de Estado), e este não exercendo seu poder de veto de leis que entenda inconstitucionais, há presunção absoluta da constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou, e a este juízo vinculam-se seus subordinados.

² BONILHA, Paulo Celso B. "Da Prova no Processo Administrativo Tributário", 1a. ed., LTR, São Paulo, 1992, p.77 - "A ampliação da autonomia no julgamento e a modernização da estrutura administrativa, com o reforço de seus pontos essenciais - apuro na especialização, imparcialidade no julgamento e rapidez, dependeria, em nosso entender, do aparelhamento, por lei federal, de ação especial de revisão judicial de decisões administrativas finais, restrita aos casos em que fossem manifestamente contrárias à lei ou à prova dos autos".

³ NOGUEIRA, Alberto. "O Devido Processo Legal Tributário", 1a. ed., Renovar, 1995, p. 85: "O aperfeiçoamento dos órgãos administrativos encarregados de apreciar questões tributárias é a solução mais lógica, racional e econômica para prevenir dispendiosas ações judiciais."

J



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.014671/98-42
 Acórdão : 201-74.154

Por outro lado, aqueles que não lograssem seu intento de ver determinada norma tributária declarada como inconstitucional no Judiciário poderiam tentá-lo a nível administrativo, e que meios seriam postos à disposição da Administração para ter, por exemplo, controle de litispendência? Além das ponderações de índole técnico-jurídica, a razoabilidade desautoriza tal tese.

Hugo de Brito Machado nos ensina⁴ que “não tem o sujeito passivo de obrigações tributárias direito a uma decisão da autoridade administrativa a respeito de pretensão sua de que determinada lei não seja aplicada por ser inconstitucional”, e justamente sua fundamentação sustenta-se no fato de que a competência para dizer a respeito da conformidade da lei com a Constituição pressupõe possibilidade de uniformização das decisões, caso contrário estaria inquinado o princípio da isonomia.

Assevera o mestre nordestino que “nossa Constituição não alberga norma que atribua às autoridades da Administração competência para decidir sobre a inconstitucionalidade de leis. Continua ele: “Acolhida a arguição de inconstitucionalidade, a Fazenda Pública não pode ir ao Judiciário contra decisão de um órgão que integra a própria Administração. A Administração não deve ir a juízo quando o seu próprio órgão entende que razão não lhe assiste”. Mais adiante pondera: “Uma decisão do Contencioso Administrativo Fiscal, que diga ser inconstitucional uma lei, e por isto deixe de aplicá-la, tornar-se-á definitiva à míngua de mecanismo no sistema jurídico, que permita levá-la ao Supremo Tribunal Federal”.

Por fim, arremata: “É sabido que o princípio da supremacia constitucional tem por fim garantir a unidade do sistema jurídico. Não é razoável, portanto, admitir-se que uma autoridade administrativa possa decidir a respeito dessa constitucionalidade, posto que o sistema jurídico não oferece instrumentos para que essa decisão seja submetida à Corte Maior⁵. A conclusão mais consentânea com o

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. “O Devido Processo Legal Administrativo Tributário e o Mandado de Segurança”, in “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL”, Dialética, São Paulo, 1995, p. 78-82.

⁵ Este é o magistério de CARNEIRO, Athos Gusmão, in “O Novo Recurso de Agravo e Outros Estudos”, Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 89., quando, ao discorrer sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, assim averba: “A evidência, não cabe recurso extremo das decisões tipicamente



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.014671/98-42
 Acórdão : 201-74.154

sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional⁶, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é ou não inconstitucional" (sublinhamos).

Não há dúvida, em conclusão, que a matéria do controle da constitucionalidade das leis tem sede constitucional e base político-jurídica, não dando margem a que órgãos administrativos do Poder Executivo, que têm por chefe o Presidente da República, por conseguinte a este subordinados hierarquicamente, possam tecer juízo sobre normas que, por todo seu trâmite formal, constitucionalmente estabelecido, são presumivelmente constitucionais⁷, até que o Judiciário se manifeste.

Por derradeiro, ressalte-se que para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, os Tribunais deverão fazê-lo pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, como prevê a Constituição em seu art. 97. O STF, como os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, para declarar determinada norma inconstitucional deve reunir seu pleno. Nada obstante, dá a entender a recorrente, que uma única câmara de um colegiado administrativo, por maioria simples, pode conhecer de incidente de inconstitucionalidade de norma legal ou ato administrativo normativo e sobre ele decidir."

administrativas, ainda que em procedimento censórios proferidos pelos tribunais no exercício de sua atividade de autogoverno do Poder Judiciário e da magistratura. Igualmente descabe o recurso extraordinário ou o recurso especial de decisões proferidas por tribunais administrativos, como o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes, etc., cuja atividade é tipicamente de administração e sujeita ao controle do Judiciário (no Brasil, sistema da "unidade" da Jurisdição)." (grifamos)

⁶ Também DINIZ, Maria Helena, in "Norma Constitucional e Seus Efeitos", Saraiva, 1991, p. 135/136, entende que o Poder Executivo ou qualquer autoridade não poderia deixar de cumprir lei por entendê-la inconstitucional, eis que, se se permitisse o não-cumprimento da norma dita inconstitucional, quebrar-se-iam os princípios da legalidade, autoridade, certeza e segurança jurídica.

⁷ Assim Leciona AFONSO DA SILVA, José, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros, São Paulo, 1992, p. 53, quando afirma: "Milita presunção de validade constitucional em favor das leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição. Essa presunção foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, §3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência do Advogado-Geral da União que obrigatoriamente defenderá o ato ou o texto impugnado".(grifamos)



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.014671/98-42
 Acórdão : 201-74.154

Dessarte, não conheço do mérito em que esteja envolvido juízo de constitucionalidade.

No que tange à base de cálculo utilizada para feitura do lançamento de PIS ora sob exame, entendo que, a partir da vigência da MP nº 1.212/95, ela corresponde ao faturamento do mês da ocorrência do fato gerador (art. 2º, I). Portanto, a partir da vigência da citada norma, esta passou a ser a forma de cálculo do PIS. Em contrapartida, entende o STJ que, até sua vigência, a base de cálculo do PIS correspondia ao faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador. É o que depreende-se do julgado (REsp nº 240.938/RS, julgado em 13/05/2000 - DJ de 15/05/2000, página 143 -, à unanimidade, pela Primeira Turma), cuja ementa abaixo transcreve-se:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, QUE SE REPELE. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL- PIS. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE: PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 6º, DA LC 07/70. MENSALIDADE: MP 1.212/95.

1 - Se, em sede de embargos de declaração, o Tribunal aprecia todos os fundamentos que se apresentam nucleares para a decisão da causa e tempestivamente interpostos, não comete ato de entrega de prestação jurisdicional imperfeito, devendo ser mantido. In casu, não se omitiu o julgado, eis que emitiu pronunciamento sobre a aplicação das Leis nºs 8.218/91 e 8.383/91, asseverando que as mesmas dizem respeito ao prazo de recolhimento da contribuição, e não à sua base de cálculo. Por ocasião do julgamento dos embargos, apenas se frisou que era prescindível a apreciação da legislação integral, reguladora do PIS, para o deslinde da controvérsia.

2 - Não há possibilidade de se reconhecer, por conseguinte, que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem contrariou o preceito legal inscrito no art. 535, II, do CPC, devendo tal alegativa ser repelida.

3 - A base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela LC 7/70, art. 6º, parágrafo único (“A contribuição de julho será calculada com base do faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente”), permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP 1.212/95, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado “o faturamento do mês anterior” (art. 2º).

4 - Recurso especial parcialmente provido.”

Forte nessas considerações, correta a forma de cálculo utilizada pelo Fisco a partir da vigência da MP nº 1.212/95. E neste aspecto, mister que se faça uma análise de quando a referida MP passou a vigor, quanto à utilização do faturamento do próprio mês da ocorrência do fato gerador como base de cálculo do PIS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10480.014671/98-42
Acórdão : 201-74.154

O artigo 15 da referida Medida Provisória assim dispôs: *“Art. 15. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995”*.

Ocorre que tal artigo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1417-0, e o Pleno do STF concedeu liminar para suspender o efeito retroativo imprimido à cobrança pelas expressões contidas no artigo 17 da MP nº 1.325/96, uma das reedições da MP nº 1.212/95. A parte dispositiva, de lavra do Ministro Otávio Galotti, ficou assim assentada:

“Satisfeitos os pressupostos legais à sua concessão, defiro, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender os efeitos da expressão “aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995”, contida no art. 17 da Medida Provisória nº 1.325, de 9 de fevereiro de 1996.”

Assim, como não é hipótese de nova exigência de contribuição, mas, sim, sua forma de cálculo, não se aplica ao caso a anterioridade nonagesimal. Desta forma, a data a partir da qual vige a nova forma de cálculo é a data de publicação da MP nº 1.212/95, qual seja, 29/11/1995. Dessarte, entre junho e novembro de 1995, período abrangido pela infração, a base de cálculo é a do sexto mês anterior ao mês da ocorrência do fato gerador.

No que se refere à Taxa SELIC, efetivamente, sua natureza jurídica é de juros, uma vez utilizada como instrumento de remuneração de capital. E nada mais justo e equânime que a taxa de juros que o governo utiliza para remunerar seus papéis seja a mesma que cobra em relação ao pagamento a destempo de seus créditos tributários, de forma a equalizar suas despesas e receitas. Por outro lado, se a aplicação da Taxa SELIC é correta ou não, entendo que este não é foro apropriado, uma vez não demonstrada sua ilegitimidade ou ilegalidade.

Como já averbado, a Administração, em sua faceta autocontroladora da legalidade dos atos por si emanados, os confronta unicamente com a lei, caso contrário, estaria imiscuindo-se em área de competência do Poder Legislativo, o que é até mesmo despropositado com o sistema de independência dos poderes. Portanto, ao Fisco, no exercício de suas competências institucionais, é vedado perquerir se determinada lei padece de algum vício formal ou mesmo material. Sua obrigação é aplicar a lei vigente. E a taxa de juros remuneratórios de créditos tributários pagos fora dos prazos legais de vencimento foi determinada pelo artigo 13 da Lei nº 9.065/95. Até porque, tendo o Egrégio Supremo Tribunal Federal averbado que o limite constitucional de 12% é regra não auto-aplicável, não há que se falar em eiva de inconstitucionalidade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.014671/98-42
Acórdão : 201-74.154

Dessarte, a aplicação da Taxa SELIC com base no citado diploma legal, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, não padece de qualquer coima de ilegalidade.

Ante todo o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO NO SENTIDO DE QUE A BASE DE CÁLCULO ENTRE JUNHO E NOVEMBRO DE 1995, VALE DIZER ATÉ A VIGÊNCIA DA MP nº 1.212/95, CORRESPONDE AO FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. A PARTIR DE ENTÃO, CORRETA A EXAÇÃO.**

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2000

JORGE FREIRE