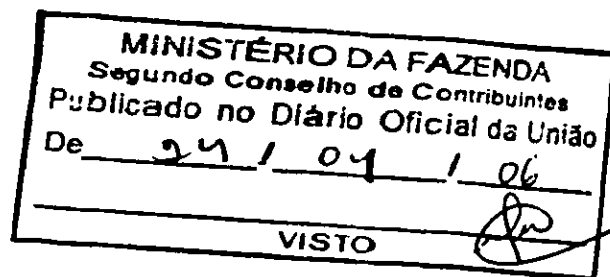




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : ABC SUPERMERCADOS S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS. MEDIDA JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 29 / 7 / 2005

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes - MF

A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, por qualquer modalidade processual, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Os órgãos administrativos de julgamento não podem negar vigência à lei ordinária sob alegação de inconstitucionalidade.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ABC SUPERMERCADOS S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso quanto à matéria submetida ao Judiciário; e II) em negar provimento ao recurso quanto à arguição de inconstitucionalidade como matéria de defesa na via administrativa.

Sala das Sessões, em 17 de maio de 2005.

Antônio Carlos Atulim
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Maria Cristina Roza da Costa, Mauro Wasilewski (Suplente), Antonio Zomer, Marcelo Marcondes Meyer-Koslowski e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em /

2º CC-MF
Fl.

Cleuzo Tilkafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304

Recorrente : ABC SUPERMERCADOS S/A

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir o crédito tributário de R\$ 18.483.088,43, em razão de diferenças apuradas nas bases de cálculo da Cofins nos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001 com exigibilidade suspensa, em razão da liminar concedida no Mandado de Segurança nº 99.0011496-5 (fls. 143/205).

Segundo a fiscalização, os valores lançados são o diferencial de crédito tributário da Cofins que a contribuinte não recolheu no período, mas que estaria suspenso por força da medida liminar no referido *mandamus*.

A 4ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro - RJ manteve o auto de infração por meio do Acórdão nº 2.410, de 11 de abril de 2003, sob os seguintes fundamentos: 1) existe amparo legal para lançar crédito tributário com exigibilidade suspensa; 2) a concomitância de processos com o mesmo objeto nas vias administrativa e judicial implica renúncia às instâncias administrativas ou desistência do recurso interposto; 3) a autoridade administrativa é incompetente para declarar a inconstitucionalidade das leis.

Regularmente notificada daquele acórdão em 27/05/2003, a contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 295/324, em 24/06/2003. O arrolamento de bens consta às fls. 339/369. Alegou em síntese que as autoridades julgadoras administrativas têm o dever de apreciar o mérito de impugnações e recursos, ainda que exista concomitância com processos judiciais e que o Conselho de Contribuintes pode e deve deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional. Especificamente quanto à inclusão de outras receitas na base de cálculo, reprisou os argumentos apresentados em juízo no mandado de segurança e na impugnação, os quais versam sobre matéria constitucional. Requereu a reforma da decisão recorrida e o cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

J



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em / /

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304

Eleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes - MF

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTONIO CARLOS ATULIM

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento em parte.

Preliminarmente, cabe esclarecer que o art. 63 da Lei nº 9.430/96 autoriza a lavratura de auto de infração sem lançamento da multa de ofício, nas hipóteses em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha sido decretada pelo Judiciário antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Desse modo, a suspensão da exigibilidade decretada pela medida liminar obtida pelo contribuinte só alcança os atos executórios tendentes a exigir a dívida, não se constituindo em óbice à atividade administrativa de lançamento, que é vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN).

Embora o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, tenha esclarecido exaustivamente a questão, a concomitância entre processos judiciais e administrativos ainda vem criando dificuldades para os contribuintes.

Assim dispõe a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38, parágrafo único:

"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." (grifei)

Como se vê, existe previsão legal expressa no sentido da renúncia ou da desistência do recurso administrativo, mesmo na hipótese de mandado de segurança, com o único objetivo de vedar a concomitância de processos nas esferas administrativa e judicial.

Tal vedação nada tem de inconstitucional, uma vez que atende simultaneamente aos princípios da unidade da jurisdição, da economia processual e do devido processo legal. É totalmente inútil discutir-se no processo administrativo questão submetida ao crivo do Judiciário, pois ao final prevalecerá a decisão judicial, independentemente do que for decidido pela Administração.

Interpretando este dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

"EMENTA: Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia ao poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.

I - O ajuizamento de ação declaratória que antecede a autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, 22.09.80.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em / /

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304

Cleusa Takafuji
Secretária de Segurancá Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

II - Recurso Especial conhecido e provido." (Recurso Especial nº 24.040-6-RJ) (92.0016244-4) (DJU de 16/10/1995).

"EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo.

Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo.

Recurso provido." (Recurso Especial nº 7.630-RJ (91.012831) (DJU de 22/04/1991).

Vale a pena transcrever excerto do voto do relator no Resp. nº 7.630-RJ, Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, *verbis*:

"(...) Como ficou visto, os agentes fiscais do Estado efetuaram lançamento fiscal contra a Recorrida, instaurando-se processo contencioso administrativo, o qual já se achava no Conselho de Contribuintes, para julgamento de recurso contra a Fazenda, quando se apercebeu esta de que o contribuinte havia impetrado mandado de segurança visando exonerar-se da obrigação fiscal em tela, razão pela qual o recurso foi considerado prejudicado e o lançamento definitivamente constituído, inscrevendo-se a dívida ativa e iniciando-se a execução.

Na verdade, havia o Recorrido tentado por-se a salvo da autuação, por meio de mandado de segurança impetrado antes do lançamento, o qual, aliás, foi extinto sem apreciação do mérito.

Defendendo-se agora na execução, alega nulidade do título que a embasa, ao fundamento de ausência do julgamento de seu recurso.

Não tem razão, entretanto. Com efeito, havendo atacado, por mandado de segurança, ainda que preventivo, a legitimidade da exigência fiscal em tela, não havia razão para julgamento de recurso administrativo, do mesmo teor, incidindo a regra do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, segundo a qual, a impugnação da exigência fiscal em juízo 'importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto'.

Em tais circunstância, abrevia-se a ultimação do processo administrativo que, mediante a inscrição do debitum, dá ensejo à execução forçada em juízo. Embargada esta, corre o processo em apenso ao da primeira ação, para julgamento simultâneo, em face da conexão, na forma do art. 105 do CPC.

Trata-se de medida instituída no prol da celeridade processual, e que, por outro lado, nenhum prejuízo acarreta para o contribuinte devedor.

Com efeito, se a decisão judicial lhe foi favorável, a execução resultará trancada; e se desfavorável, não terá retardado injustificadamente a realização do crédito fiscal.

J



Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304


Secretária de Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

A circunstância de a exigência fiscal haver sido impugnada antes, ou depois, da autuação, não tem relevância, de vez que, em qualquer hipótese, produzirá a sentença os efeitos descritos.

O que não faz sentido é a invalidação do título exequendo pelo único motivo de não haver o contribuinte logrado um pronunciamento sobre o mérito, no julgamento da ação, sabendo-se que poderá obtê-lo por via dos embargos, sem que se possa falar, por isso, em nulidade processual, notadamente cerceamento de defesa. (...)"

Como se pode verificar, para os fins da Lei nº 6.830/80, art. 38, parágrafo único, é irrelevante que a propositura da ação judicial ocorra antes ou depois da autuação e que o processo judicial se extinga com ou sem julgamento de mérito.

Diante da interpretação fixada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que é o tribunal competente para uniformizar a interpretação do direito federal (CF/1988, art. 105, III, alínea "c"), o Coordenador-Geral do Sistema de Tributação transplantou o entendimento jurisprudencial para a esfera administrativa, por meio do Ato Declaratório Normativo Cosit nº 3, de 1996, com o seguinte teor:

"O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 147, item III, do regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 606, de 03 de setembro de 1992, e tendo em vista o Parecer COSIT nº 27/96.

DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial- por qualquer modalidade processual-, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

c) no caso da letra 'a', a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art.151, do CTN;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

PAULO BALTAZAR CARNEIRO"



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em / /

2º CC-MF
Fl.

Cláudia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304

Com base nestes fundamentos, deve ser rejeitado o pleito da recorrente, no sentido de que as instâncias administrativas tomem conhecimento da matéria submetida ao Poder Judiciário, aplicando-se ao presente caso o disposto na alínea "d" acima transcrita.

Tendo em vista que as alegações de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 integraram o mandado de segurança interposto, seria desnecessário enfrentá-las nesta decisão, mesmo porque há impedimento legal neste sentido.

Contudo, para esgotar a instância, esclareço que a arguição da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 escapa à esfera de competência do julgador administrativo.

É cediço que as leis regularmente incorporadas ao sistema jurídico pátrio gozam de uma presunção de constitucionalidade que só pode ser afastada após a incidência do mecanismo constitucional de controle de constitucionalidade.

As exigências do principal e dos juros de mora pela taxa Selic encontram-se previstas nos diplomas legais especificados no enquadramento legal do auto de infração. Logo, existindo fundamento legal para a incidência, não cabe aos órgãos de julgamento administrativo negarem vigência à lei ordinária com base na mera alegação de violação da Constituição ou do CTN, pois as duas hipóteses implicam juízo de inconstitucionalidade que é privativo do Poder Judiciário, nos termos dos arts. 97 e 102 da Constituição.

De fato, não existe lei ilegal. O que existe é lei inconstitucional. Tecnicamente falando, quando ocorre o choque entre lei ordinária e lei complementar, o que se tem é uma hipótese de inconstitucionalidade e não de ilegalidade.

No direito pátrio a lei complementar foi concebida pelo constituinte para integrar certas normas constitucionais caracterizadas pela doutrina norte-americana como *not-self executing*, ou como normas de eficácia contida e normas programáticas, caso se prefira adotar a classificação proposta pelo insigne José Afonso da Silva. Assim, a lei complementar no direito brasileiro tem natureza ontológico-formal, pois a par de o constituinte ter estabelecido *a priori* as matérias sobre as quais deveria dispor, a lei complementar passou a constar do processo legislativo da União, estabelecendo-se uma maioria qualificada para sua votação e aprovação no parlamento (art. 69 da CF/88). Pode-se dizer seguramente, como fez Paulo de Barros Carvalho, que a própria constituição concebeu uma hierarquia formal e uma hierarquia material entre a lei complementar e a lei ordinária, sendo que no caso de choque entre ambas, a solução deve se dar no âmbito do controle de constitucionalidade e não no âmbito dos critérios da Teoria Geral do Direito para dirimir antinomias. É o que alguns constitucionalistas chamam de inconstitucionalidade de segundo grau.

Esta questão já foi enfrentada pelo STJ, conforme se observa na seguinte ementa:

"DIREITO PROCESSUAL EM MATÉRIA FISCAL – CTN – CONTRARIEDADE POR LEI ORDINÁRIA - INCONSTITUCIONALIDADE.

Constitucional. Lei Tributária que teria, alegadamente, contrariado o Código Tributário Nacional. A lei ordinária que eventualmente contrarie norma própria de lei complementar é inconstitucional, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 101.084-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 112, p. 393/398), vício que só pode ser reconhecido por aquela Colenda Corte, no âmbito do recurso extraordinário.

A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em / /

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10735.004679/2002-45
Recurso nº : 129.205
Acórdão nº : 202-16.304

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

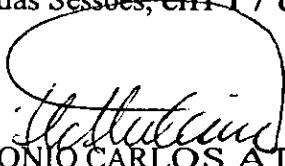
Agravo regimental improvido". (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ - Agravo Regimental nº 165.452-SC - Relator Ministro Ari Pargendler - D.J.U. de 09/02/98).

Portanto, não merece nenhum reparo o acórdão recorrido quando declinou da competência para analisar as diversas arguições de inconstitucionalidade postas na impugnação e decidiu pela manutenção da exigência na forma colocada no lançamento.

Em face do exposto, voto no sentido de que:

- 1) não se conheça da matéria submetida ao Poder Judiciário, aplicando-se ao caso concreto o tratamento previsto na alínea "d" do ADN Cosit nº 03/1996;
- 2) seja negado provimento ao recurso quanto à arguição de inconstitucionalidade como matéria de defesa na via administrativa.

Sala das Sessões, em 17 de maio de 2005.


ANTONIO CARLOS ATULIM