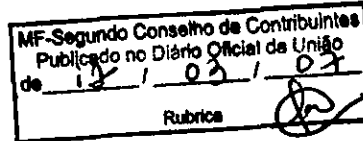




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



Recorrente : TIPTOE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. A eleição da via judicial anterior ou posterior ao procedimento fiscal importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. **Recurso não conhecido quanto à matéria submetida ao poder judiciário.**

COMPENSAÇÃO. Para se ver efetivada a compensação, não basta à contribuinte apenas alegar a existência de crédito. Deve, além de comprovar sua certeza e liquidez, fazer prova de sua efetiva compensação com os valores da exação lançados no auto de infração.

COFINS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. A falta de comprovação integral dos recolhimentos da contribuição enseja o lançamento da diferença devida com os acréscimos legais, juros de mora e multa de ofício.

TAXA SELIC. É lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa SELIC conforme precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396- SC.

MULTA DE OFÍCIO. Período posterior a fev/99. Não cabe multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso do art. 151 do CTN. Art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Recurso parcialmente provido.

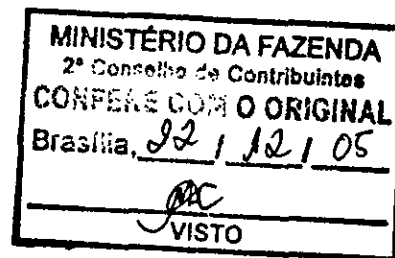
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **TIPTOE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em conhecer em parte por face a opção pela via judicial; na parte conhecida, em acolher parcialmente os embargos ade declaração para cancelar a multa de ofício a partir de fevereiro de 1999.**

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.

Antônio Bezerra Neto
Presidente

Maria Teresa Martínez López
Relatora

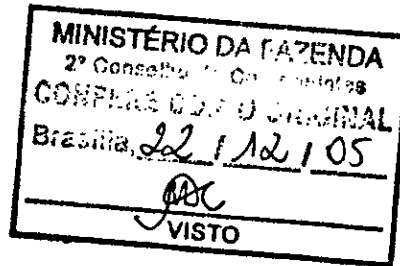


Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliviera, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/inp



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419

Recorrente : TIPTOE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000.

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir transcrevo:

A empresa qualificada em epígrafe foi autuada em virtude da apuração falta de recolhimento da Cofins de períodos dos anos de 1995 a 2000. Foi constituído o crédito tributário no valor de R\$ 974.904,00, sendo R\$ 499.830,17 de contribuição, R\$ 100.201,32 de juros de mora e R\$ 374.872,51 de multa proporcional ao valor do tributo.

2. *A base legal do lançamento foi: quanto à Cofins, Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, arts. 1º e 2º, Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, arts. 2º, 3º e 8º, com as alterações das Medidas Provisórias nºs 1.807 e 1.859, de 1999; juros de mora, Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, art. 13 e Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 61, § 3º; multa de ofício, Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 10, parágrafo único, Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, art. 4º, I, Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 106, II, c.*

3. *Em Termo de Constatação e Intimação, de fl. 46, o autuante descreveu que após processada as informações prestadas pela contribuinte, em decorrência de intimação pregressa, e feitos os cruzamentos com as DCTFs e com pagamentos realizados pela contribuinte, restou apurado diferenças de pagamentos de Imposto de Renda (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e Programa de Integração Social (PIS), conforme demonstrativos anexos aos autos. Informou que referidos demonstrativos também foram entregues à impugnante.*

4. *A empresa foi intimada a manifestar-se por escrito sobre as diferenças apuradas, apresentando argumentos ou provas que lhes justificassem.*

5. *Em resposta, apresentou cinco manifestações, em forma de orientação de escritório de advocacia, que sustentam resumidamente:*

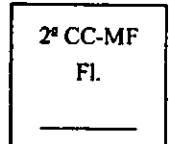
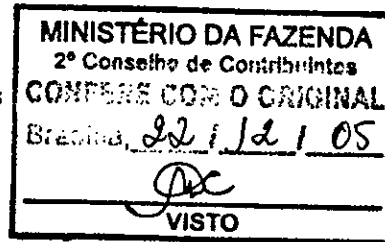
5.1. *A inconstitucionalidade da CPMF, anexando planilha de cálculo que lhe sugere um crédito em valores de Ufir;*

5.2. *Falta de Lei Complementar exigindo a contribuição social para o PIS, vez que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou as Leis Complementares nºs 7, de 7 de setembro de 1970, e 17, de 12 de dezembro de 1973, sugerindo que no mês de setembro de 2000 teria a contribuinte o direito de compensar o valor de R\$ 8.242,54. Anexou planilha discriminando valores de novembro de 1988 a dezembro de 1997, que lhe sugere um crédito no total de R\$ 127.203,89;*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



5.3. *A inconstitucionalidade da Cofins, por ter sido esta contribuição instituída (Lei complementar 70, de 1991) após a promulgação da Constituição Federal-CF de 1988, e como regra deveria respeitar o princípio da não-cumulatividade, nos termos do art. 154, I, da mesma CF. Anexou planilha discriminando valores de novembro de 1988 a dezembro de 1997, que lhe sugere um crédito no total de R\$ 170.394,04;*

5.4. *O pagamento de tributos fora do prazo, mas espontâneo, ou seja, antes do início de procedimento fiscal, não está sujeito a multa, e por este motivo possui um crédito de R\$ 3.914,71 a compensar a partir de dezembro de 2000;*

5.5. *A aquisição de insumos tributados pelo IPI, cujo produto industrializado seja tributado à alíquota zero, gera para o adquirente direito ao respectivo crédito, levando-se em conta o princípio constitucional da não-cumulatividade, sugerindo que no mês de setembro de 2000 teria a contribuinte direito ao crédito de IPI, para a compensação com tributos federais, no valor de R\$ 13.869,79. Anexou planilha que relaciona as entradas com IPI alíquota zero dos meses de janeiro de 1993 a dezembro de 1993 no total de R\$ 53.211,87 e janeiro de 1994 a dezembro de 1994, no total de R\$ 54.953,36;*

6. *No Termo de Constatação de fls. 122 a 130, o auditor fiscal rejeitou as argumentações da contribuinte fazendo, em suma, as seguintes considerações :*

6.1. *Que o exame de inconstitucionalidade de tributos ou contribuições é matéria afeta ao poder judiciário, cabendo aos agentes públicos o fiel cumprimento das leis, especialmente no que se refere à exigência de crédito tributário, por se tratar de atividade vinculada ou regrada, conforme preceituam os arts. 3º e 142, parágrafo único do CTN – Código Tributário Nacional.*

6.2. *A alegada falta de Lei Complementar exigindo a contribuição social para o PIS, vez que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou as Leis Complementares nºs 7, de 1970, e 17, de 1973, é tese totalmente superada, conforme várias decisões do excelso pretório, e cita algumas;*

6.3. *Do mesmo modo, a tese de inconstitucionalidade da Cofins, por não respeitar o princípio da não cumulatividade, nos termos do art. 154, I, da Constituição Federal é insustentável, vez que foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal através de Ação Declaratória de Constitucionalidade;*

6.4. *Nos casos em que a contribuinte apresentou planilhas com valores que legitimariam a compensação de tributos e multas indevidamente pagos, as mesmas estão desacompanhadas de provas de sua existência;*

6.5. *A utilização de saldo credor do IPI, na forma pretendida pela contribuinte, está autorizada pelo art. 11 da Lei nº 9.799, de 1999, desde que observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal, previstas nas Instruções Normativas SRF nº 033, de 1999 e nº 21, de 1997, não atendidas pela contribuinte.*

7. *Assim, diante dos fatos apontados, lavrou-se o presente auto de infração.*

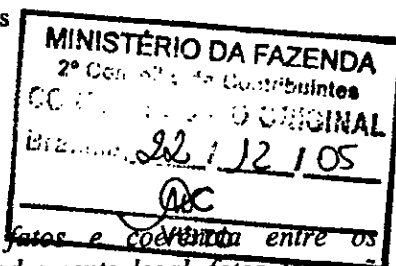
8. *Ciente do lançamento em 26/12/2000, conforme consta do auto de infração, a contribuinte ingressou, em 18/01/2001, com a impugnação de fls. 132 a 197, solicitando que o lançamento fosse considerado “nulo, inepto e improcedente”.*

9. *Em seu arrazoado, a contribuinte fez, em resumo, as alegações que se seguem.*

10. *Preliminarmente, o auto de infração deve ser julgado inepto de pleno, posto não poder se depreender da leitura do mesmo, com clareza, quais suas razões e nem quais os direitos invocados. Deveria ter sido devidamente fundamentado, com*



Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



descrições precisas de fatos e ~~coerência~~ entre os termos lavrados e a consentaneidade do enquadramento legal, fatos estes não encontrados na presente autuação.

11. Tendo em vista a inconstitucionalidade na cobrança de vários tributos, quais sejam, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira- CPMF, Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidente sobre a aquisição de produtos à alíquota zero, a empresa passou a ter um crédito que lhe dá o direito à compensação.

12. Para demonstrar a legitimidade do crédito a seu favor, passou a fazer as seguintes considerações:

PIS.

12.1. As contribuições para o PIS recolhidas com fulcro nos Decretos-Lei nºs . 2445 e 2449, ambos de 1988, declarados inconstitucionais, pelo STF e que tiveram sua execução suspensa pela Resolução nº 49, de 1995, do Senado Federal, deveriam ter sido recolhidas de acordo com a Lei Complementar nº 7, de 1970, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 17, de 1973.

12.2. Referido Ato legal dispõe que a base de cálculo da contribuição é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, e desta forma fica evidente que a impetrante possui um crédito perante o fisco decorrente do recolhimento da exação na forma dos aludidos Decretos-lei.

12.3. A Medida Provisória – MP nº 1.212, de 1995, e suas reedições, encontra-se desprovida dos pressupostos a ela inerente, a saber: o da relevância e o da urgência. Tal afirmação encontra-se guarida no fato de a mesma ter o seu texto reeditado inúmeras vezes, permanecendo por anos em vigor, o que vem a demonstrar que poderiam ser objeto de projeto de lei ordinária.

12.4. E, o uso indiscriminado das Medidas Provisórias diante da apropriação da competência do poder de legislar pelo Poder Executivo, instituindo um regime de "bipartição de poderes", faz desabar todo o Estado Democrático de Direito, visto que a tripartição de poderes apresenta-se como sua pedra fundamental.

12.5. A MP nº 1.724, de 1998, não é válida perante o ordenamento jurídico em virtude de o disposto no art. 246 da CF vedar a adoção deste instrumento na regulamentação de artigo da CF cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional.

12.6. No caso em exame, verifica-se que a MP em questão, ao ampliar a base de cálculo do PIS e da Cofins, está, sem dúvida, regulamentando a nova redação do art.195 da CF dada pela EC nº 20 de 1998.

12.7. Em consequência a Lei 9.718, de 1998, que foi objeto de conversão daquela medida provisória, igualmente não possui respaldo constitucional.

12.8. A Lei nº 9.718, de 1998, por ter alterado substancialmente o conteúdo da Medida Provisória nº 1.724, de 1998, não pode ser considerada como conversão desta em lei. Por esse motivo, tendo sido editada sem o devido processo legislativo, ou seja, sem projeto de lei, devidamente aprovado pelas duas Câmaras do Congresso Legislativo, encontra-se eivada de vício formal, não podendo integrar o ordenamento jurídico do país.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

| |
|--|
| MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes COC ORIGINAL Br. n.º 22.12105 VISTO |
|--|

| |
|--------------------------|
| 2º CC-MF Fl. <hr/> |
|--------------------------|

Processo n° : 10820.001975/00-56
 Recurso n° : 120.898
 Acórdão n° : 203-10.419

12.9. Entretanto, ainda que não existisse qualquer vício formal a preceder sua vigência, a Lei nº 9.718, de 1998, no momento em que foi editada, se encontrava em total desconformidade com o Texto Constitucional então vigente.

12.10. Com efeito, o inciso I, do art. 195, da Constituição Federal, autorizava a União Federal a criar contribuições sociais sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro das pessoas jurídicas. O parágrafo 4º do mesmo artigo previa, como ainda prevê, a criação de outras fontes de custeio (que não àquelas expressamente indicadas nos incisos anteriores), desde que por meio de lei complementar.

12.11. Desta forma, a Lei nº 9.718, de 1998, à época de sua edição, por ter base de cálculo técnica e economicamente distinta do conceito de faturamento, estaria criando nova contribuição, e só poderia encontrar fundamento constitucional no parágrafo 4º do artigo 195, devendo ser editada por lei complementar e não por lei ordinária, como o foi.

12.12. Conclui-se, desta forma, que a Lei nº 9.718, de 1998, nasceu inconstitucional, e portanto é nula, não podendo ser válida, nem eficaz.

12.13. A Emenda Constitucional – EC nº 20, promulgada em 15 de dezembro de 1998 e publicada em 16 de dezembro deste mesmo ano está eivada de vício formal por não ter sido respeitado em seu trâmite o artigo 60 da Magna Carta, que dispõe a necessidade de sua aprovação nas duas casas do legislativo.

12.14. A impugnante discorre exaustivamente no intuito de provar que a citada EC não é resultado de consenso do congresso e que foi levada à promulgação, sem a aprovação pelo Senado dos novos pontos introduzidos pela Câmara dos Deputados.

Inconstitucionalidade da Cofins.

12.15. A competência outorgada à União para, de forma residual, instituir outros impostos federais, além daqueles arrolados no artigo 153 da Constituição Federal de 1988, sofre a restrição da não cumulatividade, como previsto no art. 154, I da mesma Carta Magna.

12.16. Os novos impostos não podem recair sobre as mesmas materialidades constantes nos impostos de importação, exportação, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, bem como sobre propriedade territorial rural e grandes fortunas.

12.17. Os “impostos para a seguridade social” (sic), portanto, só poderiam ser criados por força dessa competência residual, observadas as limitações constitucionais.

12.18. A não cumulatividade a que se refere a CF não diz respeito apenas à técnica não cumulativa (incidência sobre o valor agregado), mas também à não cumulatividade de dois impostos sobre o mesmo fato gerador.

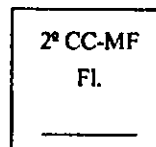
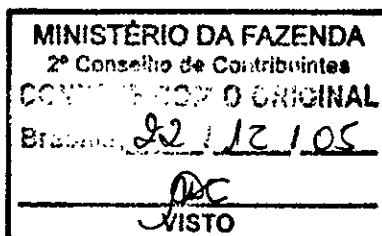
12.19. As contribuições do PIS e da Cofins possuem o mesmo fato gerador e, portanto, ambas violam o artigo 154, I, da CF, isto é, a não cumulatividade. “Se o PIS foi declarado inconstitucional pelo STJ, em decisão plena, porque não o Cofins, que neste caso é “IPSIS LITERIS”? ” (sic)

12.20. Assim, falece à atual contribuição sobre o faturamento o argumento de possuir respaldo jurídico-constitucional para sua exigência.

Inconstitucionalidade do IPI - Violação do Princípio da Não Cumulatividade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419

12.21. A Constituição Federal, ao traçar as características do imposto sobre produtos industrializados (IPI), determinou que este seria não cumulativo, "garantindo aos contribuintes pleno aproveitamento de créditos por meio do mecanismo da compensação" (sic.). Por isso, a "compensação" não pode ser restringida ou anulada por qualquer outro ato infraconstitucional ou infralegal, e muito menos por restrições que decorram de mero processo de interpretação ou de aplicação dessas normas.

12.22. Assim, na isenção ou na tributação a alíquota zero, por serem exemplos de uma obrigação nascida sem crédito tributário constituído, deverá permanecer íntegro o direito ao crédito da exação relativamente às operações anteriores. A doutrina é pacífica em aceitar que independentemente do crédito da operação anterior ter sido pago ou ter sido isento, ou ainda não tributado, há o direito ao abatimento, e cita várias.

Inconstitucionalidade da CPMF.

12.23. A contribuição denominada CPMF é inconstitucional por ferir diversos princípios constitucionais, entre eles, o princípio federativo, o da capacidade contributiva, o da legalidade, e por conter a Emenda Constitucional nº 21 de 19 de março de 1999 vícios formais que prejudicam sua validade.

12.24. Descreve exaustivamente, a contribuinte, sobre estas inconstitucionalidades, concluindo pela não integração de referida exação no mundo jurídico.

Da Multa sobre recolhimentos efetuados espontaneamente.

12.25. Dentre os créditos que possui a impugnante está os recolhimentos da multa de mora referente a tributos pagos espontaneamente, mas fora do prazo legal.

12.26. Esta multa é indevida, uma vez que a empresa confessou-se devedora no momento em que efetuou o pagamento, devendo ser-lhe aplicado o art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN, por caracterizar-se denúncia espontânea.

12.27. Cita alguns julgados, inclusive do STJ e STF, no sentido de corroborar sua tese.

13. Do critério para o cálculo da apuração do imposto – multas e juros.

13.1. O critério utilizado para o cálculo do suposto débito objeto do auto de infração é irregular, inexato e arbitrário, e houve a consideração de alguns acréscimos descabidos aumentando em muito o débito em tela.

13.2. Em resumo expõe o seguinte:

13.2.a. que a multa somente poderia ser proposta ou sugerida e não fazer parte do lançamento;

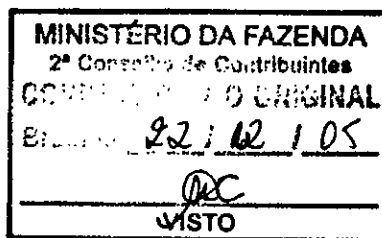
13.2.b. sobre o mesmo débito estão incidindo três tipos de acréscimos: a) atualização monetária, utilizando a taxa Selic; b) multa moratória de 75%, e c) juros moratórios;

13.2.c. o percentual de 75% aplicado à multa de mora e arbitrado pela autoridade ultrapassa em muito o legalmente permitido; deixou-se de levar em consideração a natureza tributária da multa e a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Cita que a própria Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso IV, estabelece limitações ao poder de tributar – e veda o poder público de utilizar tributo com efeito



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10820.001975/00-56
Recurso n° : 120.898
Acórdão n° : 203-10.419



2º CC-MF
Fl.

de confisco; e que o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, prevê a porcentagem da multa em no máximo 2%;

13.2.d. além de multa moratória, estão sendo aplicados, também, juros moratórios, o que é um absurdo, uma vez que somente um tipo destes acréscimos poderia compor o débito. Transcreve, nesse sentido, trecho de voto de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; a cobrança das taxas de juros é insustentável; não é possível verificar se está ocorrendo o chamado "anatocismo" (capitalização de juros), que é ilegal, conforme estabelece o art. 253 do Código Comercial, e de acordo com entendimento jurisprudencial;

13.2.e. foram utilizados índices de correção monetária em total desobediência à legislação pertinente; o montante apurado está incorreto, uma vez que foi calculado de forma a acrescentar três diferentes acréscimos financeiros: correção monetária elevada, juros moratório e multa abusiva; está patente que existe um locupletamento ilícito por parte da Receita Federal; e que tais acréscimos foram aplicados de forma composta;

13.2.f. mesmo que se admitisse a cobrança de multa, a porcentagem cobrada é muito elevada e de nítido caráter confiscatório e contraria o princípio constitucional da capacidade contributiva.

13.2.g. o artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, a pretexto de criar uma taxa de juros, criou, na verdade, verdadeira correção monetária para os tributos;

13.2.h. mesmo se considerarmos a taxa do Selic como taxa de juros, haveria violação ao art.192 da Constituição Federal, o qual reza que as taxas de juros reais não poderão ser superiores a 12% ao ano, sob pena de caracterizar o crime de usura. O art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, estabelece que a taxa será acumulada mensalmente. E tal cumulação caracteriza o anatocismo, repudiado pelos Tribunais;

13.2.i. a taxa do Selic é uma correção monetária que favorece somente a União, ferindo, desta forma, o princípio da isonomia; e se entendida como taxa de juros, desrespeita a limitação de 12% prevista na Constituição Federal, além de ferir os princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da capacidade contributiva, restando evidente que tais valores devem ser excluídos do montante devido, a fim de regularizar o débito;

14. Não houve qualquer intuito de lesar ou fraudar o fisco, vez que a impugnante em momento algum deixou de entregar o que lhe foi solicitado, fato que por si só demonstra sua boa-fé.

15. Requereu perícia contábil para que não venha a sofrer cerceamento de seu direito de defesa, conforme disposto no art. 5º, LV da Carta Magna promulgada em 5 de outubro de 1988.

Por meio do Acórdão/DRJ/POR nº 882, de 14 de março de 2002, os Membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, consideraram procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000

Ementa: COMPENSAÇÃO.

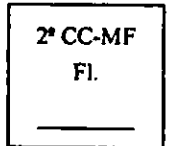
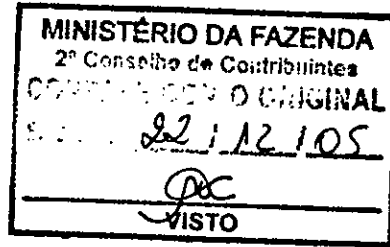
Para se ver efetivada a compensação, não basta à contribuinte apenas alegar a existência de crédito. Deve, além de comprovar sua certeza e liquidez, fazer prova de sua efetiva compensação com os valores da exação lançados no auto de infração.

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



*Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Ano-calendário: 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000
Ementa: NULIDADE.*

*A autuação devidamente clara e fundamentada não enseja a nulidade do lançamento.
INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.*

*A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de
inconstitucionalidade de lei.*

PERÍCIA. REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

*Considera-se não formulado o pedido de perícia que deixe de atender os requisitos
legais. Indefere-se a perícia quanto a questão cuja elucidação dependa apenas de
apresentação de documentos, da verificação de exigências legais ou de detalhes que
não sejam a ela importantes.*

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000

Ementa: MULTA DE MORA. PREVISÃO LEGAL.

*Os tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, que
não forem pagos até a data de vencimento, ficarão sujeitos à multa de mora e a juros
de mora, calculados sobre o valor do tributo ou contribuição atualizado
monetariamente.*

DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

*A responsabilidade a que alude o artigo 138 do Código Tributário Nacional não é a
relativa à multa por atraso no recolhimento do tributo, mas a pessoal a que alude o
artigo 137 do mesmo diploma legal.*

MULTA E JUROS. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

*A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à
autoridade administrativa apenas aplicá-las nos moldes da legislação que as
instituiu.*

JUROS DE MORA. SELIC.

*A exigência de juros de mora com base na Selic está em total consonância com o
Código Tributário Nacional.*

Lançamento Procedente.

Inconformada, a recorrente apresenta recurso onde em síntese e fundamentalmente alega: I - ter efetuado compensações, cujo crédito é oriundo (sic) da cobrança indevida de multa moratória no ato do pagamento de contribuições em atraso de Imposto de Renda Retido na Fonte e da COFINS; II - Alega a inconstitucionalidade da autuação com base na alíquota de 3%; III - Invoca a inconstitucionalidade da Taxa SELIC. Requer ao final que o recurso seja julgado nulo, inepto e improcedente.

Consta dos autos que o contribuinte não efetivou depósito ou prestação de garantia, conforme preceitua a norma legal, por possuir liminar obtida nos autos do MS 2002.61.07.002365-5.

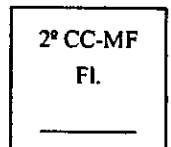
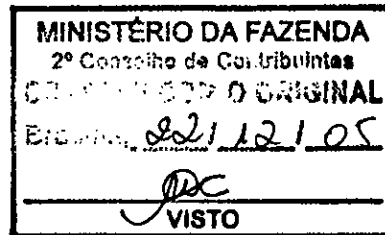
Por meio do Acórdão nº 203-08.974, sessão de 11/06/2003, de relatoria do então Ilustre Conselheiro Mauro Wasilewski, os membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes anularam a decisão de primeira instância. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

NORMAS PROCESSUAIS -AÇÃO JUDICIAL - CONHECIMENTO POSTERIOR
-Não tendo o órgão julgador ciência da existência de ação judicial, protocolizada



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10820.001975/00-56
Recurso n° : 120.898
Acórdão n° : 203-10.419



*anteriormente ao lançamento, cabe ser prolatada nova decisão de primeira instância para que esta considere tal procedimento do contribuinte.
Processo ao qual se anula a partir da decisão de primeira instância, inclusive.*

Tal decisão teve como fundamento a apresentação, pela recorrente, de cópia da sentença em mandado de segurança (de n° 1999.61.07.004393-8, às fls. 339 a 349) na qual foi reconhecido seu direito ao recolhimento da Cofins com base na Lei Complementar n° 70, de 1991, sem as alterações da Lei n° 9.718, de 1998. A decisão judicial foi prolatada em 14/01/2000, data anterior, portanto, à lavratura do auto de infração em 26/12/2000.

Retornaram os autos com embargos de declaração ao Acórdão n° 203-08.974, interpostos pela DRJ Ribeirão Preto – SP, sob a principal alegação de que inexistem motivos para anulação da decisão de primeira instância.

Instada a se pronunciar, como determina o Regimento deste Conselho, esta Relatora *Ad hoc*, manifestou-se pelo acolhimento dos embargos, por dois motivos; a um, a decisão prolatada não contém nenhuma nulidade; a dois, eis que a contribuinte atendendo a intimação do autuante declarou que não possuía, à época, "ação judicial de qualquer natureza contra a União Federal, relativa à discussão sobre o pagamento de tributos ou contribuições" (fl. 21).

Por meio da Resolução n° 203-00.551, de 16 de setembro de 2004, os Conselheiros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, votaram no sentido de:

I - conhecer dos Embargos para anular o Acórdão n° 203-08.974, sessão de 11/06/2003, e II- converter o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem, a fim de que a mesma:

a - Solicite da contribuinte, fotocópias das partes principais do Processo Judicial (MS n° 1999.61.07.004393-8), em 27/07/2004) e certidão de objeto e pé do processo judicial;

b - Informe, da existência de concomitância de análise de matérias, na esfera Judicial e Administrativa, em face da assim chamada "renúncia administrativa";

c - Preste outras informações que com o julgamento deste Processo Administrativo tenham pertinência.

Findas as conclusões da Diligência, seja oferecida oportunidade à Recorrente de manifestar, no prazo de 15 dias, sobre os resultados finais, antes do retorno dos autos a esta Câmara.

Retornam os autos após conclusão da Diligência e manifestação do interessado.

Por meio do MEMO/SACAT/0810200/N° 144/2005 de 05 de maio de 2005 (protocolado na Secretaria dos Conselhos de Contribuintes em 16/05/05) a informação do julgamento do MAS 246017 – Proc. 2002.61.07.002365.5 dando notícia de que o depósito de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10820.001975/00-56
Recurso n° : 120.898
Acórdão n° : 203-10.419

| |
|---|
| MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CO... ORIGINAL Brasília, 22/12/05 <i>PC</i> VISTO |
|---|

| |
|--------------------------|
| 2º CC-MF Fl. _____ |
|--------------------------|

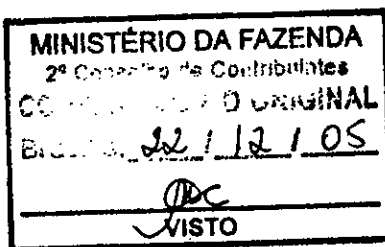
30% da exigência fiscal como condição para a interposição do recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes não ofende a garantia constitucional da ampla defesa.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10820.001975/00-56
Recurso n° : 120.898
Acórdão n° : 203-10.419



2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Como questão de ordem, observo que a informação trazida nos autos, por meio do MEMO/SACAT/0810200/Nº 144/2005 de 05 de maio de 2005 (protocolado na Secretaria dos Conselhos de Contribuintes em 16/05/05) a cerca do julgamento do MAS 246017 – Proc. 2002.61.07.002365.5 dando notícia de que o depósito de 30% da exigência fiscal como condição para a interposição do recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes não ofende a garantia constitucional da ampla defesa, em nada afeta o tramite atual de julgamento deste feito fiscal. Tal afirmação se verifica, em razão de já ter se iniciado a fase de julgamento. Em admitindo os efeitos da cassação nesta fase, importaria retroagir à fase anterior de admissibilidade do recurso.

Superada a questão de admissibilidade, passo ao julgamento.

Este apelo já constou de pauta da sessão de 16 de setembro de 2004, quando o Colegiado decidiu converter o julgamento em diligência junto à repartição de origem, via DRJ jurisdicionante, cujo objetivo foi o de carrear documentos e informações para o julgamento do recurso voluntário.

O voto da Diligência, por meio da Resolução de nº 203-00.551, está às fls. 388/394. Cumprida a diligência, voltam os autos a esta Câmara, com as seguintes informações (Volume 2) que ora reproduzo:

CONCLUSÕES DA DILIGÊNCIA

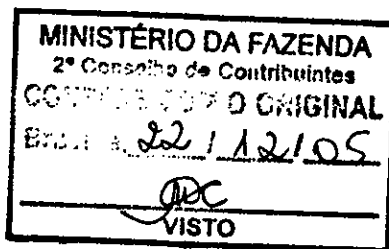
*Sra. Chefe Substituta da SACAT,
A Resolução nº 203-00.551, do Presidente da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, prolatada em 16 de setembro de 2004, folhas 388/394 converteu o julgamento do presente processo em diligência a fim de que essa repartição:*

- a) Solicitasse da contribuinte, fotocópias das partes principais e certidão de objeto e pé do Mandado de Segurança nº 1999.61.07.004393-8;*
- b) Informasse sobre existência de concomitância de análise de matérias na esfera judicial e administrativa, em face da chamada "renúncia administrativa"*
- c) Prestasse outras informações pertinentes;*
- d) Findas as conclusões da diligência, oferecesse à interessada a oportunidade de manifestar-se, no prazo de 15 dias, sobre o resultado, antes do retomo dos autos ao CC.*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10820.001975/00-56
Recurso n° : 120.898
Acórdão n° : 203-10.419



2º CC-MF
Fl.

As cópias das partes principais do processo judicial foram juntadas sob a forma de anexo para facilitar seu manuseio e entendimento. A certidão de objeto e pé foi anexada às folhas 403. Portanto, resta atendido o item "a".

Passo a analisar o solicitado no item "b".

O objetivo da contribuinte ao impetrar o citado Mandado de Segurança foi continuar recolhendo a Cofins nos moldes da LC 70/91, sem qualquer imposição fiscal, desconsideradas as alterações trazidas pela Lei 9.718/98, quais sejam: alteração da base de cálculo de "Faturamento" para "Receita Bruta" e majoração de alíquota de 2% para 3%.

A liminar e a sentença concedendo a segurança foram prolatadas antes do início do procedimento fiscal que deram origem ao auto de infração consignado neste processo.

O auto de infração lançou as diferenças entre os débitos de Cofins apurados pela fiscalização e os débitos declarados pela contribuinte em DIRPJ/DCTF para os períodos de apuração 04, 06 a 11 de 1995, 06/1996, 01/1997, 01 a 12 de 1998, 01 a 12 de 1999, 01 a 10 de 2000.

Na impugnação do auto de infração, a contribuinte também argüiu a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, além de contestar os valores de multa de ofício e mora, juros e taxa Selic.

As alterações produzidas pela Lei 9.718/98 na base de cálculo e alíquota da Cofins só tiveram vigência para fatos geradores a partir de 01/02/1999. Logo, não há como falar em concomitância na análise de matérias nas esferas judicial e administrativa para os períodos de apuração anteriores a 02/1999.

Para os demais períodos, observa-se pelos demonstrativos do auto de infração que a contribuinte declarou débitos de Cofins em valores inferiores aos moldes da LC 70/91. Abaixo, tabela com os débitos apurados pela fiscalização, débitos calculados sem as alterações produzidas pela Lei 9.718/98 e os débitos declarados pela contribuinte.

§



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
COMPROVANTE DO ORIGINAL
Emissão: 22/12/05
DC
AUSTO

| A | B | C | D | E | F | G | H |
|--------|------------------------|--------------------------------------|-----------------------------------|--|------------------------------------|--------------------------------|----------------------------|
| PA | BC utilizada pelo AFRF | BC sem as alterações da Lei 9.718/98 | Débito apurado pelo AFRF (B X 3%) | Débito sem alterações da Lei 9.718/98 (C X 2%) | Débito declarado pela contribuinte | Débito lançado no auto (D - F) | Discussão judicial (D - E) |
| fev/99 | 212.191,17 | 208.132,32 | 6.365,74 | 4.162,63 | 881,00 | 5.484,74 | 2.203,09 |
| mar/99 | 383.990,22 | 378.985,08 | 11.519,71 | 7.579,70 | 1.298,92 | 10.220,79 | 3.940,01 |
| abr/99 | 350.823,46 | 347.856,12 | 10.524,70 | 6.957,12 | 1.274,92 | 9.249,78 | 3.567,58 |
| mai/99 | 607.651,01 | 602.299,02 | 18.229,53 | 12.045,98 | 1.448,87 | 16.780,66 | 6.183,55 |
| jun/99 | 558.398,32 | 555.008,31 | 16.751,95 | 11.100,17 | 2.109,90 | 14.642,05 | 5.651,78 |
| jul/99 | 347.975,01 | 335.906,79 | 10.439,25 | 6.718,14 | 1.437,42 | 9.001,83 | 3.721,11 |
| ago/99 | 336.179,60 | 332.917,96 | 10.085,39 | 6.658,36 | 824,13 | 7.823,84 | 3.427,03 |
| set/99 | 528.345,79 | 526.055,15 | 15.850,37 | 10.521,10 | 1.192,05 | 14.658,32 | 5.329,27 |
| out/99 | 658.404,21 | 653.043,53 | 19.752,13 | 13.060,87 | 1.453,35 | 18.298,78 | 6.691,26 |
| nov/99 | 851.924,13 | 845.824,39 | 25.557,72 | 16.916,49 | 1.897,07 | 23.660,65 | 8.641,24 |
| dez/99 | 549.032,13 | 543.173,66 | 16.470,96 | 10.863,47 | 1.376,12 | 15.094,84 | 5.607,49 |
| jan/00 | 251.491,57 | 247.209,20 | 7.544,75 | 4.944,18 | 675,53 | 6.869,22 | 2.600,56 |
| fev/00 | 491.003,74 | 488.794,11 | 14.730,11 | 9.775,88 | 1.115,39 | 13.614,72 | 4.954,23 |
| mar/00 | 819.949,54 | 816.460,62 | 24.598,49 | 16.329,21 | 1.811,09 | 22.787,40 | 8.269,27 |
| abr/00 | 888.138,69 | 885.359,17 | 26.644,16 | 17.707,18 | 1.915,75 | 24.728,41 | 8.936,98 |
| mai/00 | 1.254.976,85 | 1.250.836,38 | 37.649,31 | 25.016,73 | 2.695,24 | 34.954,07 | 12.632,58 |
| jun/00 | 864.838,87 | 861.145,86 | 25.945,17 | 17.222,92 | 1.912,27 | 24.032,90 | 8.722,25 |
| jul/00 | 561.601,74 | 558.520,59 | 16.848,05 | 11.170,41 | 1.322,30 | 15.525,75 | 5.677,64 |
| ago/00 | 787.463,96 | 782.956,62 | 23.623,92 | 15.659,13 | 1.698,48 | 21.925,44 | 7.964,79 |
| set/00 | 1.616.494,98 | 1.611.955,51 | 48.494,85 | 32.239,11 | 3.434,35 | 45.060,50 | 16.255,74 |
| out/00 | 1.904.243,17 | 1.897.265,63 | 57.127,30 | 37.945,31 | 3.906,00 | 53.221,30 | 19.181,98 |

Diante do exposto e de tudo que consta dos autos, pode-se concluir que há concomitância de análise nas esferas judicial e administrativa somente para os valores da coluna H da tabela acima. Proponho, estando Vossa Senhoria de acordo com esta conclusão, o cumprimento do item "d" da diligência.

A consideração de Vossa Senhoria.

Cientifique-se a interessada deste despacho abrindo prazo de 15 dias que ele se manifeste a respeito do resultado da diligência.

Após, retomem-se os autos ao Segundo Conselho de Contribuintes.

Às fl. 411, a contribuinte manifesta ciência acerca da Diligência requerendo que (SIC) o auto de infração de imposição de multa em tela seja julgado totalmente improcedente.

O cerne da questão diz respeito: I - do conhecimento da matéria discutida judicialmente, assim chamada renúncia administrativa; II- Da alegação de compensação e; III - da ilegalidade da taxa SELIC; IV- Da multa aplicada.

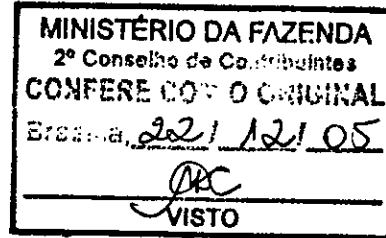
Passo à análise das respectivas matérias.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



I- Da matéria discutida no Judiciário - renúncia administrativa

Extrai-se da análise dos autos que a contribuinte possui ação judicial cujo objetivo é continuar recolhendo a Cofins nos moldes da LC nº 70/91, sem qualquer imposição fiscal, desconsideradas as alterações trazidas pela Lei nº 9.718/98, quais sejam: alteração da base de cálculo de "Faturamento" para "Receita Bruta" e majoração de alíquota de 2% para 3%. A liminar e a sentença concedendo a segurança foram prolatadas antes do início do procedimento fiscal que deram origem ao auto de infração consignado neste processo.

Em análise ao recurso, observa-se que parte das discussões - ilegalidade da lei nº. 9.718/98, estão sendo discutidas também no Poder Judiciário.

Seguindo a jurisprudência já firmada nesta Câmara, a discussão na via judicial implica em renúncia a esfera administrativa (aplicação do artigo 38, § único, da Lei nº 6.830/80 e do Ato Declaratório Normativo nº 03/96).

A opção da recorrente em submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário, antes de buscar a solução na esfera administrativa, tornou inócua qualquer discussão posterior da mesma matéria no âmbito administrativo, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos. Reitero o que já foi dito anteriormente, que o não impedimento da realização do lançamento, tem sua razão de ser; para que a Fazenda Nacional não fique posteriormente impedida de lançar o imposto, pela superveniência da "decadência", decorrente da demora prolongada na solução de questão judicial.

Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda possui ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária, chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando, basicamente, evitar o posterior ingresso em juízo.

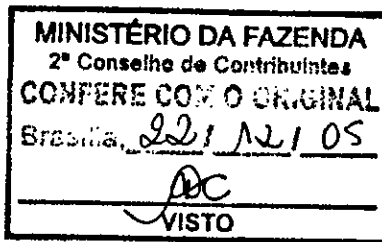
Nesse sentido, comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10820.001975/00-56
Recurso n° : 120.898
Acórdão n° : 203-10.419



2ª CC-MF
Fl.

33. *Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.*

34. *Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.*

35. *Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.*

36. *Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim." (Grifos originais)*

E mais, o Judiciário, através do STJ,¹ em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à 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 n.º 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).

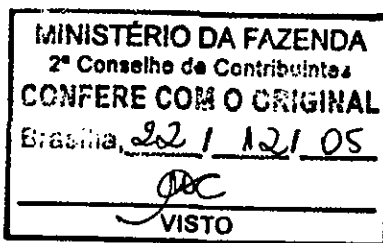
Portanto, não cabendo a este Colegiado decidir de modo diverso ao proferido pelo Poder Judiciário, deixo de conhecer do recurso relativamente às matérias *sub judice*, tal como, neste caso, as alterações trazidas pela Lei n° 9.718/98, quais sejam: alteração da base de cálculo de "Faturamento" para "Receita Bruta" e majoração de alíquota de 2% para 3%.

¹ (REsp 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91) . Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – n.º 23/95 – página 422.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



2º CC-MF
Fl. _____

II- Do Direito a compensação dos valores à título de multa de mora

Em primeiro lugar é importante ressaltar que a contribuinte, como defesa em auto de infração, alega possuir supostos créditos, mas em momento algum oferece provas, planilhas, dados do que alega.

Nesse sentido, procedente a decisão recorrida, quando assim se manifesta:

2. Finalmente, é preciso salientar que a contribuinte, em sua impugnação, limita-se a alegar que possui créditos que lhe garantem direito à compensação, mas não faz prova de que os valores lançados no auto de infração foram compensados com estes créditos.

3. No caso, a contribuinte deveria ter solicitado perante a SRF a compensação, nos moldes do art. 21 da IN nº 21, de 1997, já que se trata de tributos de natureza diferente, e comprovado por meio de sua documentação contábil a compensação realizada, isto é, se ficasse realmente comprovada a existência do crédito a seu favor.

4. Não basta, para eximir-se da tributação ora imposta, apenas alegar a existência de crédito. Deve, além de comprovar sua certeza e liquidez, fazer prova de sua efetiva compensação com os valores da exação lançados no auto de infração, por meio das contas impostos/contribuições a recuperar e compensações, controladas no Livro Diário/Razão e no Balanço Patrimonial da empresa, ou pelas competentes DCTF.

A palavra ônus, do latim *onus*, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga - a quem cabe o ônus da prova quer se saber, a quem cabe a necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Nesse sentido, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Por outro lado, se o interessado aduz a inexistência de créditos, nada mais sensato de que traga ao conhecimento do julgador as provas necessárias. Assim, a obrigação de provar será tanto do agente fiscal, como o disposto na parte final do caput do art. 9º do PAF², como do contribuinte que contesta o auto de infração, conforme se verifica pela redação dada ao art. 16 do PAF.³

Inexistindo nos autos, qualquer documento que ateste a veracidade do alegado pela contribuinte, deixo de adentrar nos motivos de direito alegados pela contribuinte.

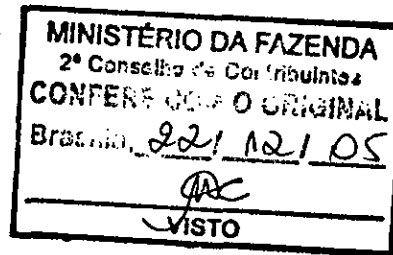
² ... deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

³ Art. 16. A impugnação mencionará: III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



2º CC-MF
Fl.

III- Da taxa SELIC e ilegalidade de normas

Insurge-se a recorrente contra a ilegalidade da taxa SELIC e da discussão relativa à ilegalidade e constitucionalidade das leis.

A priori, cabe indagar se o direito de defesa da contribuinte no processo administrativo é tão amplo que abrangeria até a discussão relativa à inconstitucionalidade das leis. É necessário analisar esta questão com o devido cuidado. Há casos em que inexistem dúvidas quanto à não aplicabilidade da lei frente à interpretação da Constituição Federal, razão pela qual, em determinadas situações tem sido apreciado pelos julgadores administrativos.

Não se pode esquecer, primeiramente, que a Constituição é uma lei, denominada Lei Fundamental, e, por conseguinte, nada impede que o contribuinte invoque tal ou qual dispositivo constitucional para alegar que a lei ou o ato administrativo contraria o disposto na Constituição. Afinal, há uma gama de interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica, cujo espectro deve ser reduzido a partir da aplicação dos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho defende que a recusa de apreciação da constitucionalidade da lei no âmbito administrativo deve ser afastada. Em sua opinião, "a existência de regra explícita produzida pelo Poder Legislativo não exime o agente público da responsabilidade pela promoção dos valores fundamentais. Todo aquele que exerce função pública está subordinado a concretizar os valores jurídicos fundamentais e deve nortear seus atos segundo esse postulado. Por isso, tem o dever de recusar cumprimento de leis inconstitucionais".⁴

Por outro lado, é importante lembrar que as decisões administrativas são espécies de ato administrativo e, como tal, sujeitam-se ao controle do Judiciário. Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário.⁵ Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo, e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas.

Ademais, prevê a Constituição que se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria 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, caput art 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II da CF/88 e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que

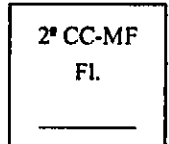
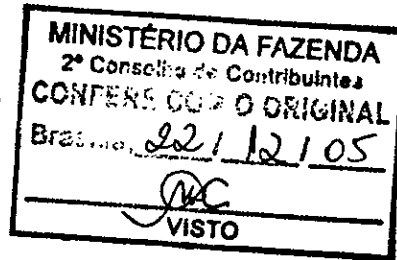
⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Revista Dialética de Direito Tributário nº 25. Artigo "Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo". p. 72/73. São Paulo

⁵ Cabe ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, da CF, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou. ⁶

Em face disso, existindo dúvida, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como se depreende do Acórdão nº 202.13158, de 29 de agosto de 2001, a saber:

"PIS – (...) NORMAS PROCESSUAIS – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, II, "a" e III, "b", da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento parcial."

Diante dos fatos, tenho me curvado ao posicionamento deste Colegiado que tem, reiteradamente, de forma consagrada e pacífica, entendido não ser este o foro ou instância competente para a discussão da ilegalidade/constitucionalidade das leis, quando, principalmente, **sobre a mesma pairam dúvidas**. Cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor, tal como procedido pelo agente fiscal.

Especificamente, no que diz respeito à SELIC, fundamentada no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430 de 1996, há de ser noticiado precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC, cujo excertos da ementa possuem a seguinte redação:

(...) III – É devida a aplicação da taxa SELIC na hipótese de compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal. Ademais, a aplicabilidade da aludida taxa na atualização e cálculo de juros de mora nos débitos fiscais decorre de expressa previsão legal, consoante o disposto no art. 13, da Lei nº 9.065/1995.

Portanto, manifesto-me pela aplicabilidade das normas que nortearam o lançamento, incluindo a da Taxa SELIC.

IV- Da multa aplicada

Por se tratar de lançamento de ofício, a multa aplicada no auto de infração foi de 75%, aplicável nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo (sem o acréscimo de multa moratória), de falta de declaração e nos de declaração inexata, nos termos consignados na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, inciso I:

Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição:

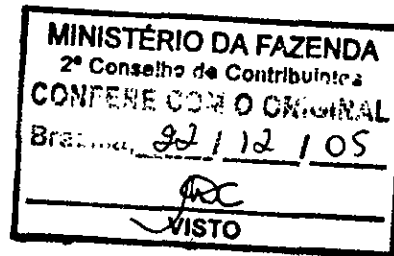
I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa

⁶ Ver a respeito, Acórdão nº 201.72596 do Segundo Conselho de Contribuintes.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10820.001975/00-56
Recurso nº : 120.898
Acórdão nº : 203-10.419



moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

No entanto, conforme confirmado em Diligência, com relação aos fatos geradores a partir de 02/99, quando presentes as alterações da Lei nº 9.718/98, a contribuinte possui liminar e sentença concedendo a segurança prolatadas antes do início do procedimento fiscal que deram origem ao auto de infração consignado neste processo. Às fl. 040, à menção judicial da suspensão da exigibilidade do crédito tributário bem como a possibilidade de se efetuar o lançamento sem a imposição de penalidades com fundamento no art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Portanto, manifesto-me no sentido de excluir a multa de ofício somente para o período após 02/99.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer em parte do recurso por opção à via judicial. Na parte conhecida dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a multa de ofício, obre os períodos de apuração posteriores a fev/99.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ