



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De <u>11 / 08 / 05</u> VISTO	
--	--

2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : FATOR DORIA ATHERINO S/A. CORRETORA DE VALORES
Recorrida : DRJ em São Paulo/SP

MIN. DA FAZENDA - 2º CC CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA <u>12 / 08 / 05</u> VISTO
--

NORMAS PROCESSUAIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.

É lícito ao Fisco, visando prevenir a decadência, lavrar auto de infração para constituir crédito tributário cuja exigibilidade encontrava-se suspensa por força de liminar em mandado de segurança. O crédito assim constituído deve permanecer com a exigibilidade suspensa enquanto não modificados os efeitos da medida judicial.

RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA.

O ajuizamento de qualquer modalidade de ação judicial anterior, concomitante ou posterior ao procedimento fiscal, importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, e o apelo eventualmente interposto pelo sujeito passivo não deve ser conhecido pelos órgãos de julgamento da instância não jurisdicional, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

JUROS DE MORA.

Decorrem de lei e, por terem natureza compensatória, são devidos em relação ao crédito não integralmente pago no vencimento, seja qual for o motivo determinante da falta de recolhimento no prazo legal.

TAXA SELIC.

A cobrança dos encargos moratórios deve ser feita com base na variação acumulada da SELIC, como determinado por lei.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

Preliminar de nulidade do auto de infração rejeitada e, no mérito, negado provimento ao recurso.

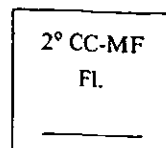
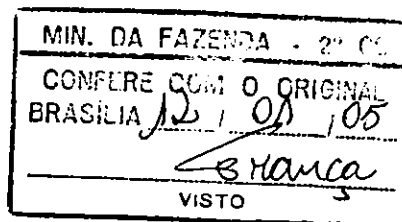
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
FATOR DORIA ATHERINO S/A. CORRETORA DE VALORES.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: **I) em rejeitar a preliminar de nulidade do Auto**



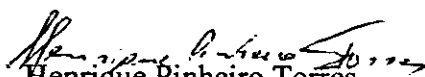
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903



de Infração; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2004.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Jorge Freire, Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente) e Dalton César Cordeiro de Miranda. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nayra Bastos Manatta.

/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

FOL. DA FAZENDA - 2º CC	
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASILIA	12/01/05
<i>[Assinatura]</i>	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

Recorrente : FATOR DORIA ATHERINO S/A. CORRETORA DE VALORES

RELATÓRIO

Por bem relatar o processo em tela, transcrevo o Relatório do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no São Paulo/SP, fls. 58/63:

"Em ação fiscal levada a efeito em face da contribuinte acima identificada foi apurada falta de recolhimento da contribuição para o PIS, relativa ao período de apuração de junho de 1994 a dezembro de 1994, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 24 e 25, integrado pelos termos, demonstrativos e documentos nele mencionados, com fundamento na Medida Provisória nº 543, de 1994.

2. Conforme descrito no "Termo de Verificação Fiscal" de fl. 19, a partir de junho/94, as contribuições para o Pis, na forma da MP nº 543/94, não vinham sendo recolhidas pela empresa, em razão de medida judicial interposta. Sendo assim, para garantir os interesses da Fazenda Nacional, foi constituído o crédito tributário com a exigibilidade suspensa em função de medida judicial interposta (Mandado de Segurança nº 94.03.058238-3, com obtenção da liminar em 25.07.1994).

3. O crédito tributário lançado, composto pela contribuição, multa proporcional e juros de mora, calculados até a data da autuação, perfaz o total de 49.287,76 UFIR (quarenta e nove mil, duzentos e oitenta e sete unidades fiscais de referência e setenta e seis centésimos).

4. Inconformada com a autuação, da qual foi devidamente cientificada em 26.04.1995, a contribuinte protocolizou, em 16.05.1995, a impugnação de fls. 29 a 34, acompanhada dos documentos de fls. 35 a 38, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

4.1. A Emenda Constitucional nº 1/94 pretendeu alterar a sistemática de recolhimento da exação no caso das instituições financeiras. Com fulcro na EC acima, foram editadas sucessivas medidas provisórias determinando que o PIS incidiria sobre a receita bruta, à alíquota de 0,75%, a partir de 1º de junho de 1994.

4.2. A medida provisória que pretendeu dar aplicabilidade à EC nº 1/94 é inconstitucional, pelo que a exigência do PIS das instituições financeiras deve continuar sendo regido pela Lei Complementar nº 7/70.

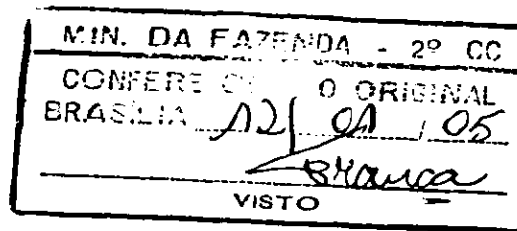
4.3. Por essa razão, a Impugnante ingressou em Juízo requerendo a concessão de liminar que "...impeça todo e qualquer ato de constrição contra as Requerentes, por adotarem a LC nº 7/70 para o cálculo e recolhimento da Contribuição Social ao PIS, afastando-se, por conseguinte, a Medida Provisória nº 517/94, face à sua flagrante inconstitucionalidade..."

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903



2º CC-MF
Fl.

4.4. A liminar foi concedida "...na forma do pedido..." pelo que (i) a Impugnante passou a recolher a Contribuição ao PIS nos termos da LC nº 7/70 e (ii) e o excedente não recolhido – apurado nos termos da EC nº 1/94 e da medida provisória que pretendeu regulamentá-la – permanece com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN, até decisão final do mérito.

4.5. Sendo inconstitucionais as medidas provisórias editadas e não auto-aplicável a EC nº 1/94, resta claro que a norma a reger a exigência da Contribuição ao PIS das instituições financeiras continua sendo a LC nº 7/70, que prevê a incidência exclusivamente do PIS/REPIQUE.

5. Dessa forma, deve ser acolhida "in totum" a presente impugnação, cancelando-se o Auto de Infração, como medida consentânea com o melhor direito."

Acordaram os membros da Nona Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo-SP, por unanimidade de votos, em **JULGAR procedente em parte** o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/SPOI nº 1.130, de 07/2002. Sintetizando a deliberação adotada na seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/06/1994 a 31/12/1994

Ementa: PIS - AÇÕES JUDICIAIS - PREVENÇÃO DE DECADÊNCIA – CONCOMITÂNCIA - MULTA

A existência de ações judiciais questionando a exação não obsta a lavratura de Auto de Infração para constituição de crédito tributário, acompanhado da aplicação da penalidade cabível. Lançamento destinado a prevenir decadência, com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em respeito aos provimentos jurisdicionais obtidos pela contribuinte. A propositura pela contribuinte de medida judicial afasta a apreciação no âmbito administrativo da mesma matéria. Multa de ofício descabida em face do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/1996.

Lançamento Procedente em Parte"

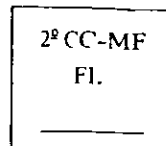
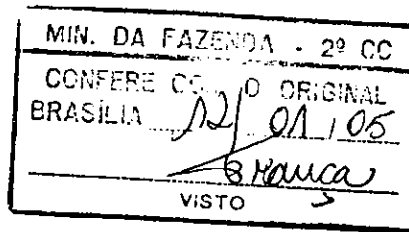
Não conformada, a recorrente apresentou Recurso Voluntário a este Conselho solicitando reforma da decisão de primeira instância.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

A teor do relatado, versa o presente processo sobre lançamento de ofício efetuado para constituir o crédito tributário relativo à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, que se encontrava com a exigibilidade suspensa por força de liminar concedida nos autos do Processo nº 94.03.058238-3 iniciado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Diante do provimento jurisdicional, o auto de infração foi lavrado já com o crédito tributário suspenso, mas com multa de ofício. A decisão recorrida expurgou do lançamento fiscal a multa de ofício e manteve o principal e os juros.

Inicialmente cabe esclarecer que estando o sujeito passivo acobertado por medida judicial que lhe proteja da exigência fiscal, não pode o Fisco exigir-lhe o tributo, mas isso não impede o órgão fazendário de exercer seu dever de ofício consistente em apurar a ocorrência do fato gerador, em determinar a matéria tributável, em calcular o montante do tributo devido, em identificar o sujeito passivo e, se for o caso, em propor aplicação da penalidade cabível. O tributo apurado ficará com a exigibilidade suspensa até cessar o impedimento judicial. Assim agindo, a autoridade fiscal não viola qualquer provimento jurisdicional que tenha conferido ao contribuinte o direito de não se ver compelido a pagar esse ou aquele tributo.

Merece aqui ser lembrado que o judiciário já apascentou o entendimento de não poder o juiz impedir a autoridade administrativa de proceder ao lançamento, pois até aí não vai o poder de cautela do magistrado, o que este pode fazer é manter suspensa a exigibilidade do crédito. Justamente o que ocorreu no caso em análise, pois a autoridade jurisdicional deu a liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, mas não impediu o Fisco de exercer seu ofício.

De outro lado, ciosa da obrigatoriedade de constituir o crédito tributário para prevenir a decadência e, ao mesmo tempo, em não descumprir a decisão mandamental, a Fiscalização lavrou o auto de infração, mas manteve a exigibilidade do crédito suspensa. Em relação à multa de ofício, à época do lançamento, era perfeitamente cabível, pois o dispositivo que a dispensava, no caso do tributo lançado encontrar-se com a exigibilidade suspensa, só veio a integrar o arcabouço jurídico com a edição da Lei nº 9.430/1996, portanto, posterior à autuação. A Delegacia da Receita Federal de Julgamento, por força do princípio da retroatividade benigna, cancelou a exigência da multa em face da novel legislação.

Nunca é demais lembrar que a possibilidade de efetuar lançamento para prevenir a decadência, referente à matéria em discussão na esfera judicial, é expressamente prevista no artigo 63 da Lei nº 9.430, com a redação dada pelo artigo 70 da MP nº 2.158/2.001. Estando, pois, a matéria *sub judice*, foi perfeitamente lícita a constituição do crédito tributário, por meio de lançamento de ofício, para prevenir os efeitos da decadência, devendo permanecer suspensa a exigibilidade do crédito enquanto vigerem os efeitos da citada medida judicial.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC	
CONFERE COPIA ORIGINAL	BRASILIA 12/01/05
VISTO	

2ª CC-MF
Fl.

Por outro lado, cabe registrar que a exemplo do auto de infração, a notificação de lançamento também é modalidade de lançamento de ofício, diferenciando-se daquele nas pessoas competentes para efetuar-la, enquanto a notificação é expedida pelo chefe da repartição tributária, como resultado dos trabalhos internos de fiscalização, o auto de infração é lavrado pela autoridade fiscal encarregada de efetuar o serviço externo de fiscalização, mas tanto em um caso como noutro, o crédito tributário é constituído de ofício e, se for o caso, acompanhado dos acréscimos legais pertinentes. No caso em questão, lavrou-se auto de infração, ao invés da notificação de lançamento, em virtude de os trabalhos fiscais haverem sido efetuados pelo serviço externo de fiscalização. Em assim sendo, os meios utilizados para constituir o crédito tributário em questão foi, ao contrário do alegado pela defesa, o adequado para tal fim.

De toda sorte, o procedimento dos agentes do Fisco não foi além ou aquém do que determina a norma legal então vigente, em outras palavras, os autuantes apenas deram cumprimento preciso à legislação fiscal. Em assim sendo, não há como acolher a preliminar de nulidade do auto de infração suscitada pela defesa.

Quanto à aplicação da renúncia à via administrativa, entendo não merecer reparo a decisão *a quo*, pois a submissão da mesma matéria ao Poder Judiciário impede os órgãos judicantes administrativos de discuti-las, já que a procura da tutela jurisdicional torna completamente estéril a discussão em outras vias.

Da análise dos autos, verifica-se que, de fato, o sujeito passivo procurou tutela jurisdicional para resguardá-lo da exação pertinente à contribuição para o PIS, que veio a se constituir, justamente, no objeto destes autos.

Muito embora o termo “renúncia” sugira que a ação judicial tenha sido interposta posteriormente ao procedimento fiscal, na essência, com o devido respeito aos que defendem o contrário, as conclusões são as mesmas, porquanto, após iniciada a ação judicial, o julgador administrativo vê-se impedido de manifestar-se sobre o apelo interposto pelo contribuinte, vez que a questão passou a ser examinada pelo Poder Judiciário, detentor, com exclusividade, da prerrogativa constitucional de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Neste sentido é a jurisprudência mansa e pacífica do Segundo Conselho de Contribuintes e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais que têm aplicado a renúncia à via administrativa quando o sujeito passivo procura provimento jurisdicional pertinente a matéria objeto do processo fiscal.

Outro entendimento não caberia, pois a ordem constitucional vigente ingressou o Brasil na jurisdição una, como se pode perceber do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias “julgadoras” administrativas.

A tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos; supremo porque pode revê-los, para cassá-los ou anulá-los; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRÁSILIA 12/01/05
<i>Bianca</i>
VISTO

2º CC-MF
FL.

De fato, não existem no ordenamento jurídico nacional princípios ou dispositivos legais que permitam a discussão paralela em instâncias diversas (administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza), de questões idênticas.

Diante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, **por qualquer modalidade de ação**, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito não jurisdicional. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão 202-09.648), *"tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria sub judice."*

Por oportuno, cabe citar o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1.979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece:

"Art. 1º omissis....."

§ 2º A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Ao seu turno, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980, que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê expressamente que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa, *verbis*:

"Art. 38. Omissis"

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."

A norma expressa nesses dispositivos legais é exatamente no sentido de vedar-se a discussão paralela, de mesma matéria, nas duas instâncias, até porque, como a Judicial prepondera sobre a administrativa, o ingresso em juízo torna inócuo qualquer pronunciamento administrativo. Esse é o entendimento dado pela Exposição de Motivo nº 223 da Lei nº 6.830/1980, assim explicitado: *"Portanto, desde que a parte ingressa em juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior."*

Por derradeiro, cabe ressaltar que o pressuposto para configurar a renúncia à esfera administrativa é o simples fato de o sujeito passivo haver proposto ação judicial versando sobre a mesma matéria que deu origem ao processo administrativo. *In casu*, é irrelevante o tipo de ação ou o momento de sua propositura, pois, qualquer que seja a hipótese, se se admitisse a concomitância de processos judiciais e administrativos, estar-se-ia violando o princípio constitucional da unicidade de jurisdição.

Por essas razões é que a exigência fiscal pertinente à contribuição para o PIS, por coincidir com o objeto de ação judicial, tornou-se definitiva na esfera administrativa, nos termos postos no lançamento fiscal, eis que a opção pelo Poder Judiciário importa em renúncia à

///



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC	
CONFERE	O ORIGINAL
BRASÍLIA	12/01/05
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

esfera administrativa, além do que a decisão judicial tem efeito substitutivo e prevalente sobre a não jurisdicional.

Em relação à exigência de juros moratórios sobre crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa, entendo ser cabível, pois a teor do artigo 161 do CTN, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. Ora, se vier a ser reformada a medida judicial, então favorável ao sujeito passivo, restará configurada a falta de pagamento da contribuição na data de seus vencimentos e, por conseguinte, o fato gerador dos juros moratórios.

Veja-se que a natureza dos juros de mora não é de sanção, mas simplesmente compensatória. Daí, para se concretizar a hipótese de incidência desses acréscimos legais, basta que o sujeito passivo não satisfaça, por qualquer motivo, a obrigação tributária no prazo legal. Os juros serão devidos inclusive durante o período em que a cobrança do tributo houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial, conforme previsto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736/1979.

Aqui vale também a observação de que, em caso de procedência da ação judicial impetrada pela autuada, os juros, por serem acessórios, seguem a mesma sorte do principal. Daí, se a contribuição não for devida, também não serão devidos os juros moratórios, pois nesse caso, não haverá mora a ser compensada.

Em relação à impossibilidade de se utilizar a Selic como taxa de juros moratórios, é indubitável ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especifica. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996.

Desse modo, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vício ao ato de lançamento no qual formalizou-se o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei.

Quanto à suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic como índice dos juros de mora, alegada pela recorrente, é de se observar que a autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias.

Assim, como os dispositivos legais relativos aos juros de mora objeto da presente lide não foram julgados inconstitucionais, tampouco tiveram sua execução suspensa pelo STF, não se pode negar-lhe vigência, agindo, pois, corretamente, a Fisco ao aplicá-los ao lançamento.

Melhor sorte não merece os argumentos da defesa de que seria possível a análise na esfera administrativa da inconstitucionalidade e da ilegalidade de normas tributárias, pois, como demonstrar-se-á a seguir, não cabe à autoridade administrativa análise sobre a



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 12/01/05
<i>B. Moura</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

constitucionalidade de lei.

Para começar este tema, faremos um breve passeio na história do controle de constitucionalidade.

O mundo conhece hoje, no dizer ¹Cappelletti, dois grandes tipos de sistemas de controle da legitimidade constitucional das leis:

- a) O "sistema difuso", isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que os exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e
- b) O "sistema concentrado", em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário."

O primeiro deles, o difuso, é também conhecido como sistema de controle do tipo americano, em razão da percepção equivocada de alguns constitucionalistas de que esse sistema tenha sido inaugurado pelos norte americanos no famoso caso Marbury versus Madison, em 1803. O segundo, o concentrado, também pode ser denominado, agora com razão, de sistema austríaco de controle, ou ainda como sistema europeu, porquanto foi inaugurado na Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920, redigida com base em projeto elaborado pelo Mestre da Escola Jurídica de Viena, o grande Hans Kelsen.

No Brasil, até a promulgação da Constituição da República de 1891, não existia qualquer controle Judicial de Constitucionalidade. Por influência do jacobinismo parlamentar francês e da idéia inglesa da supremacia do parlamento, o Constituinte de 1824 outorgou ao Poder Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição (art. 15, itens 8º e 9º).

Nesse sistema, não havia lugar para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade. Consagrava-se, assim, o dogma da soberania do Parlamento.

Com a adoção do regime republicano em 1889, os ventos da mudança também sopraram no sistema ²jurídico brasileiro, sobretudo, no que concerne ao papel a ser exercido pelo Poder Judiciário. A Constituição Republicana de 1891 adotou o sistema norte americano, defendido entusiasticamente por Rui Barbosa, personagem principal na elaboração da Carta.

A Constituição de 1934 trouxe uma figura nova no controle brasileiro de constitucionalidade, a ADIn Interventiva, que deveria ser proposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, contra lei ou ato normativo estadual que violassem a Constituição Federal. Essa ADIn interventiva inseriu no nosso ordenamento jurídico um tímido sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, inseriu, de forma clara, o controle concentrado, mas restrito em às pessoas legitimadas a propor a ação de

¹ M. CAPPELLETTI, O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, 2ª ed, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre 1992, p 67 ss.

² O Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só interviria em espécie e por provocação da parte.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC	
CONFERE	O ORIGINAL
BRASILIA	12/01/05
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

inconstitucionalidade. Somente com a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 é que se consagrou, de forma ampla, o sistema de controle concentrado, também denominado sistema abstrato ou do tipo europeu. Desde então, o Brasil passou a conviver harmonicamente com os dois tipos de controle, o concentrado e o difuso.

Deixemos de lado o sistema europeu, para voltarmos ao que, de fato, interessa ao nosso tema, o controle difuso, que, como dito linhas acima, alguns constitucionalistas apressados atribuíram sua origem à famosa decisão da Suprema Corte norte americana, prolatada em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, cuja sentença foi redigida pelo juiz John Marshall, que fixou, por um lado, aquilo que ficou conhecido como a supremacia da constituição e, por outro, o poder-dever dos juízes negarem aplicação às leis contrárias à constituição. Para se chegar àquela decisão, Marshall partiu do seguinte raciocínio: ou a constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o Poder Legislativo pode mudá-la por meio de lei ordinária. Não há meio termo, asseverou o Chefe da Suprema Corte, ou a constituição é uma lei fundamental superior e não mutável por dispositivos ordinários, ou seja, é rígida; ou ela é colocada em pé de igualdade com os atos legislativos ordinários, portanto, flexível, e, por conseguinte, pode ser alterada sem qualquer entrave pelo Poder Legislativo. Todavia, se é correto a primeira alternativa, e assim concluiu Marshall, um ato do legislativo contrário à constituição não é lei, é nulo, é como se não existisse.

Ao proclamar a prevalência da constituição sobre os demais atos legislativos e reconhecer o poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, a Suprema Corte Americana, não só inaugurou no mundo moderno o sistema judicial de controle de constitucionalidade, mas, sobretudo, rompeu com o dogma da supremacia do Poder Legislativo, que vige até hoje na Inglaterra e nos demais países que adotam constituições flexíveis.

Os fundamentos da inovadora e corajosa decisão da Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*, já haviam sido muito bem delineados por Alexander Hamilton em sua obra-prima *The Federalist*, e partiu do seguinte raciocínio:

“a função de todos os juizes é a de interpretar as leis e aplicá-las ao caso concreto submetido a seu julgamento;”

a regra básica de interpretação das leis determina que quando dois dispositivos legislativos estiverem contrastando entre si, deve o juiz aplicar a prevalente. Se ambas tiverem igual densidade normativa, deve-se valer dos critérios tradicionais, segundo os quais: lex posteriori derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali, etc. Mas todos esses critérios são desnecessários quando o contraste dá-se entre dispositivos de densidade normativa diversa, aí, o critério é o da lex superior derogat legi inferiori. Neste caso, a norma constitucional prevalecerá sempre sobre a lei ordinária, quando a constituição for rígida e não flexível. Do mesmo modo, a lei prevalecerá sempre sobre os decretos.”

De tudo o que foi exposto, a conclusão óbvia é no sentido de que todo e qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir uma lide onde seja relevante ao caso uma lei ordinária que contrasta com a constituição, deve preservar a Carta Magna e não aplicar a norma de menor hierarquia.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 12/01/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Vejamos agora como é dividido o controle de constitucionalidade no Brasil.

Quanto ao momento de sua realização, o controle é dividido em preventivo e repressivo, o primeiro realizado durante o processo legislativo e, o segundo, após a entrada em vigor da lei.

O preventivo é exercido, inicialmente, pelas Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo (art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara Federal e art. 110 do Regimento Interno do Senado Federal, todos fundamentados no art. 58 da CF/88) e, posteriormente, pela participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, quando poderá vetar a lei aprovada pelo Congresso Nacional por entendê-la inconstitucional, nos termos do art. 66, §1º, da CF/88, denominado veto jurídico.

Por sua vez, se o projeto de lei é de iniciativa do Poder Executivo, ou se se trata de Medida Provisória, há, ainda, além dos controles de constitucionalidade acima mencionados, o realizado previamente, no âmbito do Poder Executivo, pela Casa Civil da Presidência da República, por força do estatuído no art. 2º da Lei nº 9.649, de 27/05/1998, que assim dispõe:

“Art. 2º À Casa Civil da Presidência da República compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação e na integração das ações do governo, na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais, ...” (grifo nosso).

O repressivo, por sua vez, poderá se dar de maneira concentrada, por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, competindo em ambos os casos, somente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar tais ações, conforme dispõe a alínea "a" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Pode ainda o controle repressivo dá-se de forma difusa, ou seja, como incidente processual, no julgamento de casos concretos.

Depois de tudo o que aqui foi dito, pergunta-se:

- a) podem os órgãos judicantes da administração afastar a aplicação de lei inconstitucional?
- b) podem esses órgãos afastar a aplicação de lei que entenderem inconstitucional ou incompatível com a constituição?

A resposta à primeira pergunta é positiva, pois a lei inconstitucional, como bem asseverou Marshal, não é lei, é ato nulo. Por conseguinte, não obriga, não vincula ninguém.

Já a resposta à segunda pergunta é negativa, pois da interpretação sistemática da Constituição Federal (especialmente dos seus artigos: 97; 102, III, "a" e "c"; e 105, II, "a" e "b"), tem-se que a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade é exclusiva do Poder Judiciário e estendida a todos os seus componentes.

Nesse sentido, valiosas são as palavras do ex-Procurador-Geral da República e Professor Titular da Universidade de Brasília, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, conforme



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE O ORIGINAL
BRASÍLIA 12/01/05
<i>BKanga</i>
VISTO

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

elucidativo artigo por ele publicado na Revista Jurídica Virtual (nº 13) da Presidência da República, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

...Nessa linha de raciocínio - que ousaríamos chamar fática, livre e realista - e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século XX, pode-se dizer, igualmente, que sem aquela declaração de incompatibilidade, proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferir-lhes a constitucionalidade, norma alguma poderá reputar-se inconstitucional; e que, finalmente, enquanto não for anulada - e nos limites em que o seja - toda lei é simplesmente constitucional..” (grifo nosso)

Por tais razões, pode-se concluir, que, não tendo a Constituição Federal de 1998 dado competência a órgãos da administração para efetuarem o controle repressivo de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional, pois **competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela constituição.**

No mesmo sentido, é a lição de Lúcio Bittencourt³ a respeito da incompetência dos órgãos do Poder Executivo para afastar a aplicação de uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade:

“É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade. É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do Texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.

...

Oscar Saraiva entende que o julgamento da inconstitucionalidade é privativo do Judiciário, porque, se este cabe, por força de preceito expresso, a função em aprêço, nenhum dos outros poderes tem competência para exercê-la 'sob pena de se confundirem as atribuições destes, o que a nossa Constituição veda, ao prescrever a sua separação e independência'. Não acolhemos, todavia, esse entendimento do culto e esclarecido jurisconsulto, que se choca, aliás, com a opinião unânime dos doutores. Damo-lhe razão, apenas quando nega aos funcionários administrativos competência para se recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do poder executivo. (sic)

³ Bittencourt, Lúcio - O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade, Forense, 1968, 2º edição, págs.91 a 96.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASIL 12/01/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
FI.

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário como também fere de morte um dos princípios norteadores da administração pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei está reconhecendo sua constitucionalidade.

Em face do exposto, parece-nos **equivocada** a afirmação daqueles que pregam que: *se a administração é vinculada aos ditames da lei, muito mais será aos da Lei Maior, logo pode negar aplicação à lei manifestamente inconstitucional*. Rotundo engano, pois, primeiro, milita a favor de todas as leis a **presunção de constitucionalidade**; segundo, mesmo sendo uma presunção *juris tantum*, só ao órgão legitimamente indicado pela Constituição Federal como competente para exercer o controle de constitucionalidade cabe desconstituir a presunção.

Pertinente trazer à colação as conclusões de Lúcio Bittencourt sobre o tema, na obra já citada:

“A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei - não se presume lei - é para todos os efeitos. Submete ao seu império todas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela força formal que a torna irrefragável, segundo a expressão de Otto Mayer.

Aliás, em relação à lei, ocorre ainda situação diversa da que se manifesta no tocante aos atos jurídicos públicos ou privados, e que reforça a idéia de sua eficácia enquanto não declarada por via jurisdicional. É que, em relação a ela, existe o princípio da obrigatoriedade, que constitui, dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica.

Sendo a lei obrigatória, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fôsse furtar-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatória.” (sic)

Ainda sobre o tema, são valiosos os ensinamentos do festejado constitucionalista Luís Roberto Barroso⁴:

“A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema. O descumprimento ou não-aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, pp 170 e 171.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE ORIGINAL
BRASILIA 12/01/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco.” (grifo nosso).

A meu sentir, é imperioso reconhecer que no Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade pelo Jurisdicional, seja com efeitos *erga omnes* no controle concentrado de constitucionalidade, seja com efeito *inter partes* no controle difuso, a lei goza de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, é válida e tem aplicação cogente em todo o território nacional.

A declaração incidental de inconstitucionalidade de lei é ato de tamanha **gravidade**, que, desde a Constituição Federal de 1934, há exigência expressa de reserva de plenário para que os tribunais exerçam o controle difuso de constitucionalidade. Por essa regra, suscitado o incidente de inconstitucionalidade por um dos membros do tribunal, suspende-se o julgamento do processo e remete-se a questão incidental para o pleno ou órgão que o represente. A inconstitucionalidade somente será declarada por voto da maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 97 da Seção I do Capítulo III - **Do Poder Judiciário** - do Título IV - Das Organizações dos Poderes da CF/88). Essa exigência veio para uniformizar a interpretação constitucional no âmbito de cada tribunal. E como se processaria o incidente de inconstitucionalidade no processo administrativo, já que, diferentemente do que ocorre nos tribunais do Judiciário, nos administrativos não há a previsão para tal. Aliás, não poderia mesmo haver, pois, conforme já fartamente demonstrado, órgão nenhum da administração tem poderes para exercer o controle difuso de constitucionalidade.

Ora, se para os tribunais do Judiciário é exigida a reserva de plenário, como então, querer que os órgãos judicantes da administração, por suas turmas ou Câmaras, possam exercer o controle de constitucionalidade. Se assim fosse possível, a esfera administrativa estaria investida de mais poder do que o próprio judiciário. E o que dizer, então, da impossibilidade de a Fazenda Nacional recorrer ao Supremo Tribunal Federal quando a instância administrativa julgar determinada lei inconstitucional, o que não ocorre quando o controle é feito no Judiciário.

Veja-se ao absurdo a que chegaríamos: se determinada lei fosse declarada inconstitucional em controle difuso, a questão, se as partes forem diligentes, iria ser decidida, em última instância, pelo STF. Agora reparem, se a inconstitucionalidade fosse apontada na esfera administrativa, a questão sequer chegaria a ser discutida no Judiciário, que dirá no Supremo Tribunal Federal. Com isso, a decisão administrativa teria mais força do que a de todos os outros órgãos do Poder Judiciário, à exceção do Supremo. Em outras palavras, em matéria de inconstitucionalidade, a Câmara Superior de Recursos Fiscais estaria alçada no mesmo patamar do STF, pois da decisão que declarasse alguma lei inconstitucional, assim como ocorre no STF, não caberia qualquer recurso.

Por último, cabe registrar que deixar de aplicar lei ordinária específica por entender que lei complementar é que deveria regular a matéria, é eufemismo, pois, na verdade, essa recusa de vigência da lei ordinária equivale a reconhecê-la inquinada de inconstitucionalidade por vício formal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.011941/95-26
Recurso nº : 127.394
Acórdão nº : 202-15.903

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE CO ORIGINAL
BRASÍLIA 12/01/05
<i>Leandro</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

De tudo o que foi dito, resta concluir que falece aos órgãos judicantes da Administração competência para afastar a aplicação de lei ainda vigente. Missão atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário.

Por derradeiro, cabe registrar que a questão envolvendo a multa de mora é alheia à controvérsia aqui em debate, já que o lançamento fiscal objeto dos autos não versou sobre multa moratória, mas, de ofício, que veio a ser cancelada pela autoridade julgadora de primeira instância. Por conseguinte, os limites objetivos da lide circunscrevem-se ao valor do principal (da contribuição) e ao dos juros moratórios. Diante disso, não serão aqui debatidas as alegações pertinentes à multa de mora trazida na peça recursal, por tratar de matéria alheia aos autos.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2004.

Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRES.