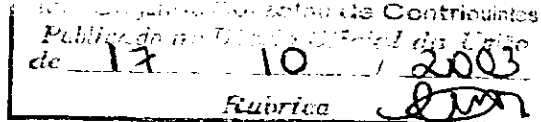




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.004313/00-93
Recurso nº : 119.206
Acórdão nº : 202-14.770

Recorrente : OPP POLIETILENOS S/A
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS – MATÉRIA NÃO CONTESTADA NA IMPUGNAÇÃO E OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL
– Não se deve conhecer do Recurso Voluntário no que pertine à matéria não impugnada em primeira instância, bem como da que foi objeto de ação judicial anterior, concomitante ou posterior ao procedimento fiscal, pois no primeiro caso deu-se o fenômeno da preclusão e, no segundo, a renúncia tácita à apreciação da controvérsia na esfera administrativa, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente e que tenha sido expressamente mencionado na peça impugnatória.

IPI - JUROS DE MORA. TAXA SELIC – É cabível a exigência, em lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da TAXA SELIC.

Recurso não conhecido na matéria preclusa e que também foi objeto de ação judicial, e negado na diferenciada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
OPP POLIETILENOS S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso na matéria preclusa e na parte objeto de ação judicial; e II) em negar provimento ao recurso, quanto a matéria diferenciada.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003

Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Ana Neyle Olímpio Holanda, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Nayra Bastos Manatta e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Processo nº : 11080.004313/00-93

Recurso nº : 119.206

Acórdão nº : 202-14.770

Recorrente : OPP POLIETILENOS S/A.

RELATÓRIO

Por bem relatar o processo em tela, transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre – RS, fls. 563/564:

“O estabelecimento industrial acima qualificado foi autuado pela Fiscalização do IPI, para exigir imposto no valor de R\$4.449.557,09, com a multa de 75%, capitulada no art. 80, II, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, com a redação do art. 45 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e juros de mora, perfazendo a soma de R\$10.284.781,46, conforme Auto de Infração de fl. 03 e anexos.

1.1 – Segundo o Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 479/483, o estabelecimento acima teria aproveitado crédito-prêmio à exportação, registrado na escrita fiscal para compensar com débitos do imposto, no período de julho a setembro de 1995, indevidamente do imposto alusivo a aquisição de material de consumo e de bens do Ativo Imobilizado.

1.2 – O referido Termo registra, à fl. 482, que o autuado escriturou, no livro de Apuração do IPI, créditos extemporâneos, no período de junho a dezembro de 1997, relativo a aquisições de material de consumo e de bens do Ativo Imobilizado, adquiridos no período de janeiro/1990 a setembro/1996, com atualização monetária, conforme planilhas de fls. 135/212, prática esta que, não obstante seja ilegal, foi continuada de outubro/1996 em diante (fls. 256 a 454), dizendo-se amparado por ação ordinária declaratória pendente de julgamento, em grau de recurso.

1.3 – Em face disso e como a ação judicial não assegura, até esta data, o direito aos créditos utilizados, ao contrário, a primeira instância decidiu contrariamente à pretensão da autora (fls. 100/104), o autuante glosou ditos créditos, conforme demonstrativo de fls. 466/470, do que resultou recolhimento a menor de IPI, após a reconstituição da escrita fiscal do contribuinte, às fls. 471/77, adotando como fundamento legal (fl.483) os artigos 107, inciso II c/c 82, inciso I; 112, inciso IV, e 59 do RIPI/1982, aprovado pelo Decreto nº 87.981/1982; 147 inciso I, e 185 inciso III, c/c 183 inciso IV, 111 e 114, todos do RIPI/98, aprovado pelo Decreto nº 2.637, de 25/06/1998.

A impugnação

2. O contribuinte não se conformou com a autuação e apresentou, no devido prazo, pelo seu procurador, instrumento à fl. 502 com



Processo nº : 11080.004313/00-93
Recurso nº : 119.206
Acórdão nº : 202-14.770

substabelecimento à folha seguinte, a impugnação de fls. 485/497, expondo suas razões, que passam a ser relatadas.

2.1 - Diz que a legitimidade dos créditos glosados, oriundos da aquisição de materiais de consumo e de bens do Ativo Fixo, está sendo discutida judicialmente pela Ação Declaratória nº 98.024655-3, na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e que a impugnação visa unicamente a parte do lançamento referente aos juros de mora, contados na forma da autuação, que transcreve à fl. 486, combatendo a aplicação da taxa Selic, com amparo na Constituição, § 3º do art. 192, e no CTN, art. 161.

2.2 - A defesa encerra a impugnação concluindo ser incontestado o direito à utilização dos juros de mora de 1% ao mês sobre o débito tributário em questão. Não contesta, portanto, a glosa dos valores escriturados a título de "crédito-prêmio à exportação", às fls. 213/218, nos valores do demonstrativo de fl. 480."

Em de 10 de maio de 2001, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS manifestou-se por meio da Decisão DRJ/POA nº 442, fl. 563, que foi assim ementado:

"Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 31/07/1995 a 31/12/1999

Ementa: - A matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário implica renúncia à discussão na área de competência administrativa, em todas as suas instâncias, e torna-se definitiva nessa esfera.

- Considerara-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (sic)

- A cobrança de juros pela Taxa SELIC, na inadimplência do crédito tributário, é legal e não ofende a Constituição nem o art.161 do CTN.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Em 09 de julho de 2001, a recorrente foi cientificada da decisão acima mencionada, verso da fl. 573.

Não conformada com a Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a recorrente, por meio de seu Representante Legal, recorreu, em 08/08/2001, a este Conselho, fls. 580/594, solicitando que seja afastada a cobrança da glosa relativa a crédito-prêmio e que se declare a nulidade do lançamento tributário no tocante à aplicação da Taxa SELIC a título de juro remuneratórios.



Processo nº : 11080.004313/00-93

Recurso nº : 119.206

Acórdão nº : 202-14.770

Em 20/08/2001, fl. 599, a contribuinte tomou ciência da Intimação nº 04/358/2001, fl. 598, na qual era solicitada a prestação de garantias nas estritas condições impostas pela legislação de regência, ou seja, prioritariamente os imóveis e complementarmente outros bens também constantes no Ativo Permanente.

Em 01/10/2001, o Delegado da Receita Federal em Porto Alegre - RS negou seguimento ao recurso voluntário interposto em razão da falta de apresentação de arrolamento de bens nas condições previstas na legislação, fls. 601/602. A contribuinte tomou ciência desta decisão em 08/10/2001, fl. 603.

Em 18/10/2001, a contribuinte apresentou requerimento de reconsideração da decisão que negou o seguimento ao Recurso interposto, fls. 604/621. Anexo ao requerimento, apresentou novo arrolamento integrado por edifícios constantes de seu Imobilizado em valor superior ao crédito tributário consolidado ora discutido.

Em 24/10/2001, fls. 622/623, o Delegado da Receita Federal em Porto Alegre - RS autorizou o seguimento do Recurso em tela a este Conselho.

Em 27/02/2003, fls. 628/629, a contribuinte informou que o imóvel arrolado nestes autos como garantia foi hipotecado à PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.- PETROBRÁS.

É o relatório. //



Processo nº : 11080.004313/00-93
Recurso nº : 119.206
Acórdão nº : 202-14.770

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O apelo voluntário interposto pela reclamante limita-se, como disposto no recurso apresentado, a questionar a cobrança da glosa relativa a crédito-prêmio, posto que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa; e requerer que se declare a nulidade do lançamento tributário no tocante à aplicação da Taxa SELIC a título de juros remuneratórios.

Em relação aos valores correspondentes à glosa relativa a crédito-prêmio, a decisão recorrida deixou de manifestar-se sobre ela, porquanto esta questão não fizera parte da peça impugnatória, isto é, não fora contestada na impugnação o que levou o julgador *a quo* a declarar a definitividade do pertinente crédito tributário por ausência de litígio. No recurso voluntário, a reclamante confirma expressamente não haver impugnado predita glosa, mas que esta não poderia ser mantida em razão de a matéria estar sendo discutida judicialmente, nos autos do Mandado de Segurança objeto do Processo nº 2001.71.00.040996-4, em curso na 8ª Vara Federal de Porto Alegre - RS.

O fato de a matéria não haver sido argüida na primeira instância, por si só, já afasta a possibilidade de vir a ser conhecida por este Colegiado, pois, como é de todos sabido, só é lícito deduzir novas alegações, em supressão de instância, quando:

- relativas a direito superveniente,
- competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou
- por expressa autorização legal.

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constitui-se em verdadeiros ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não o sendo praticado no tempo certo, surge para a parte consequências gravosas, dentre elas a perda do direito de o fazê-lo posteriormente, pois, nesta hipótese, opera-se o fenômeno denominado de preclusão, isto porque, o processo é um caminhar para a frente, não se admitindo, em regra, ressuscitar-se questões já ultrapassadas em fases anteriores.

Daí, não tendo sido deduzida a tempo, em primeira instância, a razão apresentada na fase recursal, não se pode dela conhecer.

De outro lado, mesmo que se afastasse a preclusão, ainda assim a matéria não poderia ser conhecida por este órgão julgador, porquanto a reclamante preferiu discuti-la na esfera judicial, o que afasta a possibilidade de apreciação nas instâncias administrativas, pois, havendo o sujeito passivo procurado a tutela judicial, dá-se a renúncia à discussão na fase administrativa. Isso porque, 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-lo; e autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

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.



Processo nº : 11080.004313/00-93
Recurso nº : 119.206
Acórdão nº : 202-14.770

Diante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito administrativo. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinicius 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 à 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 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 importa em desistência da discussão nesta esfera. Esse é o entendimento dado pela exposição de motivo nº 223 da Lei 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."*

Diante do exposto, é de se concluir que o recurso voluntário, no que tange à glosa pertinente ao crédito prêmio de IPI, não pode ser conhecido por este Colegiado, seja porque a matéria não foi impugnada, seja porque o sujeito passivo a submeteu ao Judiciário, renunciando, com isso, discuti-la na esfera administrativa.

Em relação à questão dos juros moratórios, matéria diferenciada da debatida no Judiciário, regularmente impugnada na instância *a quo* e trazida no apelo voluntário, dela tomo conhecimento e passo a apreciá-la.

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 especificam. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à Taxa Referencial do Sistema



Processo nº : 11080.004313/00-93
Recurso nº : 119.206
Acórdão nº : 202-14.770

Especial de Liquidação e Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei 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. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

Não serão aqui debatidos os argumentos da defesa concernente à afronta da legislação pertinente aos juros moratórios, exigidos no auto de infração, a princípios Constitucionais e dispositivos do Código Tributário Nacional por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Carta Magna.

Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do "Poder Executivo"."

Esse parecer também se arrimou em Tito Resende:

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."

Ainda sobre o tema, o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em processo de Consulta, assim dispôs:

"5.1 – De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma Lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico, Consultoria-Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à

ff



Processo nº : 11080.004313/00-93
Recurso nº : 119.206
Acórdão nº : 202-14.770

legislação complementar. Nessa linha seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal argüição.

*5.2 – Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo *hic et nunc*, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativos e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.*

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, § 1º e 103, I, d VI)."

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Por último, cabe ressaltar que o posicionamento doutrinário e jurisprudencial trazido pela defesa não autoriza o julgador administrativo a afastar-se de sua competência e negar aplicação a texto literal de lei ainda vigente e dotado de eficácia plena, como é o caso da legislação pertinente aos juros moratórios exigidos com base na Taxa SELIC.

Frente ao exposto, deixo de conhecer do recurso no tocante à matéria não mencionada na impugnação e que fora submetida ao crivo do Poder Judiciário e dele conheço, no tocante à matéria diferenciada, mas nego-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003


HENRIQUE PINHEIRO TORRES