



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 37 / 03 / 2003
Rubrica

214
2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

Recorrente : CONSTRUTERRA CONSTRUÇÕES E TERRAPLENAGEM LTDA.
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE - Improcede a arguição de nulidade do lançamento destinado a prevenir a decadência do tributo com a exigibilidade suspensa, porquanto o lançamento fiscal é um procedimento obrigatório (CTN, art. 142). Preliminar rejeitada.

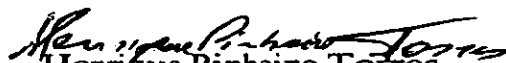
RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA - O ajuizamento de ação judicial anterior ao procedimento fiscal importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

Recurso não conhecido na parte objeto de ação judicial

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
CONSTRUTERRA CONSTRUÇÕES E TERRAPLENAGEM LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; e II) em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto de ação judicial.

Sala das Sessões, em 21 de agosto de 2002


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Ana Neyle Olímpio Holanda.

Imp/cf/ja



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

Recorrente : CONSTRUTERRA CONSTRUÇÕES E TERRAPLENAGEM LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 161/166:

"Trata-se de Auto de Infração, fls. 06/12, lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da contribuição para o PIS-Faturamento, decorrente da falta de recolhimento dos valores devidos, pertinentes aos períodos de apuração de janeiro e março de 1997, setembro e dezembro de 1998, janeiro a maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 1999, nos termos do art. 3º, alínea 'b' da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, c/c art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973; Título 5, capítulo 1, seção 1, alínea 'b', itens I e II do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142, de 15 de julho de 1982; arts. 2º, inciso 1º, 3º, 8º, inciso I, e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, e reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998; arts. 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 8º da Lei nº 9.715, de 1998; arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

2. O autuante anexou às fls. 105/108 liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1997.33.00.011525-9 autorizando o depósito integral da exação (fls. 109/122) e suspendendo a exigibilidade do PIS na forma da Medida Provisória nº 1.212, de 1995. Às fls. 15/23, foram anexadas fotocópias de sentença determinando que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante o recolhimento da contribuição para o PIS nos termos fixados pela referida MP, com as reedições subsequentes, atos normativos desde logo declarados inconstitucionais. Desta forma, no Auto de Infração não foi aplicada a multa de ofício no percentual de 75%, conforme dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996.

3. As bases de cálculo da contribuição, que compõem o demonstrativo de fls. 09/10, foram extraídas do Livro Diário, conforme notícia à fl. 07.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

4. A contribuinte tomou ciência do lançamento em 01/11/2000, fl. 06, e apresenta, em 30/11/2000, a impugnação de fls. 124/136, sendo estas as suas razões de defesa:

- *Preliminarmente, o lançamento é nulo, pois o autuante perpetró ato administrativo sem revesti-lo das garantias legais necessárias, a despeito do previsto no art. 37 da Constituição Federal;*
- *Por meio de mandado de segurança, argüiu a inconstitucionalidade das alterações da Lei Complementar nº 7, de 1970, no que diz respeito aos Decretos-leis nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e nº 2.449, de 21 de julho de 1988, bem como a Medida Provisória nº 1.212, de 1995;*
- *A ação mandamental encontra-se em curso no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e, 'pelo que se tem notícia', a segurança pleiteada foi definitivamente concedida, ratificando o conteúdo da sentença, estando no aguardo do julgamento de Embargos de Declaração ao Acórdão, proposto pela Fazenda Nacional;*
- *Existindo ação judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art 151, inciso IV do Código Tributário Nacional, não poderia o Fisco proceder ao lançamento, ofendendo o princípio da legalidade do procedimento fiscal instaurado;*
- *No mérito, contesta as alterações da sistemática de cálculo da contribuição para o PIS introduzidas pelos Decretos-leis nº 2.445 e nº 2.449, de 1988, alega a natureza jurídica do PIS, a quebra da hierarquia das leis e a impropriedade do decreto-lei como instrumento para alteração da contribuição em tela;*
- *Em face da inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 2.445 e nº 2.449, de 1988, bem como das demais leis e decretos que alteraram o texto original da Lei Complementar nº 7, de 1970 - à exceção da Lei Complementar nº 17, de 1973 -, inclusive quanto ao prazo de recolhimento da exação, previsto para ser recolhido semestralmente nos termos do art. 6º, parágrafo único, requer a improcedência do Auto de Infração. "*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

A Decisão recorrida restou assim ementada:

“Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

As arguições de nulidade só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação, quanto ao mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplada na Carta Política. Cabe, entretanto, apreciação administrativa da impugnação relativamente à matéria não submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Impugnação Parcialmente Conhecida

Lançamento Procedente”.

A contribuinte recorreu tempestivamente ao presente Conselho (fls. 169 a 182), reiterando as alegações apresentadas quando da impugnação.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Em sua defesa, preliminarmente, a recorrente pleiteia a nulidade do lançamento, em virtude da existência de liminar, obtida na referida ação judicial, suspendendo a exigibilidade do tributo.

No que respeita a tal pleito, está consolidada a posição contrária no âmbito deste Colegiado. A Contribuição para o Programa de Integração Social está sujeita ao regime de lançamento por homologação. Nestas condições, a contribuinte pode escriturar o crédito do imposto no valor que entende correto, desde que se sujeite a eventual lançamento *ex-officio*.

A proteção por meio de liminar em Mandado de Segurança não pode impedir o lançamento. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. O conteúdo do lançamento fiscal pode até ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima. A constituição do crédito tributário, *in casu*, é providência formal e obrigatória, que visa, unicamente, prevenir a decadência do tributo. Não importa dano algum ao contribuinte, eis que não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174).

A recorrente também se insurge com a alegação de renúncia à via administrativa. Requer, nesse sentido, a reforma da decisão recorrida, por entender que é compulsória a apreciação do mérito deste processo, uma vez que não há renúncia na hipótese vertente, porquanto o ajuizamento da ação de Mandado de Segurança foi preventiva, ou seja, antes de qualquer ato de ofício do Fisco.

Tenho defendido, em diversos julgados, tanto nessa Câmara quanto na Câmara Superior de Recursos Fiscais, que, mesmo que o auto de infração atacado tenha sido lavrado após o ingresso em Juízo, não poderia a Autoridade Julgadora manifestar-se acerca da questão, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não há dúvida que o ordenamento jurídico pátrio filiou o Brasil à jurisdição una, como se depreende do mandamento previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, assim redigido: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*". Em decorrência, as matérias podem ser argüidas perante o Poder Judiciário a qualquer momento, independente da mesma matéria *sub judice* ser posta ou não à apreciação dos órgãos julgadores administrativos.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

De fato, 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.

Corroborando tal afirmativa, ensina-nos Seabra Fagundes, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário":

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem o controle jurisdicional das atividades administrativas.

55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos conseqüentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa que é o da execução da sentença pela força¹."

O Contencioso Administrativo, na verdade, 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. *ff*

¹ Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Seabra Fagundes, ed Saraiva, 1984, p. 90/92



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

Analisando o campo de atuação das Cortes Administrativas, Themístocles Brandão Cavalcanti muito bem aborda a questão, a saber²:

“Em nosso regime jurídico administrativo existe uma categoria de órgãos de julgamento, de composição coletiva, cuja competência maior é o julgamento dos recursos hierárquicos nas instâncias administrativas.

A peculiaridade de sua constituição está na participação de pessoas estranhas aos quadros administrativos na sua composição sem que isto permita considerar-se como de natureza judicial. É que os elementos que integram estes órgãos coletivos são mais ou menos interessados nas controvérsias - contribuinte e funcionários fiscais.

Incluem-se, portanto, tais tribunais, entre os órgãos da administração, e as suas decisões são administrativas sob o ponto de vista formal. Não constituem, portanto, um sistema jurisdicional, mas são partes integrantes da administração julgando os seus próprios atos com a colaboração de particulares.”

Neste sentido, também, observa Hugo de Brito Machado³:

“Ocorre que a finalidade do Contencioso Administrativo consiste precisamente em reduzir a presença da Administração Pública em ações judiciais. O Contencioso Administrativo funciona como um filtro. A Administração não deve ir a Juízo quando seu próprio órgão entende que razão não lhe assiste. A não ser assim, a existência desses órgãos da Administração resultará inútil.”

Dai pode se concluir que 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. Na verdade, tal opção acarreta renúncia tácita ao direito público subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação à mesma matéria *sub judice*. //

² Curso de Direito Administrativo, Freitas Bastos, RJ, 1964, p. 505.

³ Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Hugo de Brito Machado, 2ª edição, ed. Rev. dos Tribunais, p. 303.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

E não se trata de limitar os meios de defesa, a par de se alegar violação do princípio da ampla defesa com fundamento no artigo 5º da Magna Carta, porquanto, uma vez ingressado em juízo, observadas as colocações acima esposadas, resta mais que exercido aquele direito, assegurado pelo inciso XXXV do aludido artigo.

Neste sentido, o Poder Judiciário oferece um leque de medidas que poderão ser empregadas para garantia de seu direito de defesa, protegendo-o de uma execução forçada em Juízo antes do julgamento da ação.

O entendimento do Judiciário, através do STJ, conforme Aresto relatado (RESP nº 7-630-RJ), em idêntica matéria, pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, cujo excerto a seguir transcrevo, bem elucida a questão⁴:

“EMENTA - Embargos de devedor. Exigência fiscal que havia sido impugnada por meio de mandado de segurança preventivo, razão pela qual o recurso manifestado pelo contribuinte na esfera administrativa foi julgado prejudicado, seguindo inscrição da dívida e ajuizamento da execução.

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

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

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

Não tem razão, entretanto. Com efeito, havendo atacado, por mandado de segurança, ainda que preventivo, a legitimidade da exigência fiscal em tela, não havia razão para julgamento de recurso administrativo, do mesmo teor,

⁴ Recurso Especial nº 7.630, de 1º de abril de 1991, STJ, Ministro Ilmar Galvão.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

incidindo a regra do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80, segundo a qual, a impugnação da exigência fiscal em juízo 'importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto'.

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

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

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

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

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

Importante é enfatizar as conclusões a que chegou o ilustre jurista, quando afirma que há renúncia à esfera administrativa neste caso, sem, contudo, haver qualquer cerceamento do direito de defesa pela não apreciação do recurso interposto pela apelante.

Resta comprovado, portanto, que nenhum prejuízo há ao amplo direito de defesa da contribuinte com a decisão da autoridade singular, quando esta não conheceu da impugnação e encaminhou o débito para inscrição na Dívida Ativa da União.

Por outro lado, se o mérito for apreciado no âmbito administrativo e a contribuinte sair vencedora, a Administração não terá meios próprios para colocar a questão ao



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
F1.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

conhecimento do Judiciário de modo a anular o ato administrativo decisório, mesmo que o entendimento deste órgão, sobre a mesma matéria, seja em sentido oposto.

Ora, o Eg. Conselho de Contribuintes, como órgão da administração, ao manifestar sua vontade em processo administrativo, pronunciando-se sobre a controvérsia administrativa, objetiva exteriorizar a vontade funcional do Estado, que se concretiza com a formação do título extrajudicial, que constituirá a Dívida Ativa como resultado da decisão proferida desfavoravelmente ao contribuinte.

Assim, quando o Poder Executivo, mediante ato administrativo, decide a lide posta à sua apreciação e declara expressamente que concorda com apelação do contribuinte, torna a pretensão fiscal inexigível, não podendo se valer de outro poder para neutralizar a sua vontade funcional. Seria o mesmo que atribuir ao Judiciário competência para se manifestar sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo.

Corroborando tal entendimento, trago os ensinamentos do tributarista Djalma de Campos⁵, em sua obra Direito Processual Tributário, *verbis*:

“Não tem sido, entretanto, facultado à Fazenda Pública ingressar em Juízo pleiteando a revisão das decisões dos Conselhos que são finais quando lhe sejam desfavoráveis.”

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado⁶ afirma:

“Há de ser irreformável a decisão, devendo-se como tal entender a decisão definitiva na esfera administrativa, isto é, aquela que não possa ser objeto de ação anulatória.”

De outra banda, se o sujeito passivo desta relação jurídica obtiver da Administração um entendimento contrário ao seu, poderá, ainda e prontamente, rediscutir o mesmo mérito em ação ordinária perante a autoridade judiciária. Há, portanto, flagrante desigualdade entre as partes, ferindo claramente o princípio da isonomia.⁷

⁵ DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO, Djalma de Campos, Atlas, São Paulo, 1993, p. 60.

⁶ CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO - Hugo de Brito Machado - p 150.

⁷ A propósito, ensina BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3º ed, 3º tiragem, Ed. Malheiros, 1995, p. 21/22.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13502.000578/00-11
Recurso : 119.282
Acórdão : 202-14.125

Além disso, o artigo 38 da Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais - LEF)⁸ elenca a ação de Mandado de Segurança entre as ações que implicam renúncia à esfera administrativa.

Pacífica também é a jurisprudência nesta matéria nas Terceira, Sétima e Oitava Câmaras do Primeiro Conselho de Contribuinte, com decisões unânimes nos Acórdãos nºs 103-18.678, 107-04.217, 107-04.072, 108-02.943, 108.03.857, 108-03.108 e 108-02.461, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento 'ex-officio', enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera."

Diante destes argumentos, voto no sentido de **rejeitar a preliminar de nulidade argüida, e, quanto à matéria similar submetida ao crivo do Poder Judiciário, não conhecer do apelo interposto.**

Sala das Sessões, em 21 de agosto de 2002

DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

⁸ "Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo nas hipótese de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido de juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único - A propositura pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". //