



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 11 / 06 / 2004
caj
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

Recorrente : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

NORMAS PROCESSUAIS - 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.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Não compete à autoridade administrativa o juízo sobre constitucionalidade de norma tributária, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional.

MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário.

FORMA DE LANÇAMENTO - O fato de o lançamento ser efetuado por meio de auto de infração ou notificação de lançamento não compromete sua validade, desde que estejam presentes todos os requisitos legais.

Preliminares rejeitadas.

PIS - 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 título de juros de mora é legítimo o seu emprego nos termos da Lei nº 9.430/96, que está em conformidade com o § 1º do art. 161 do CTN, não se submetendo à limitação de 12% anuais contida no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, por não se referir à concessão de crédito e estar esse dispositivo constitucional na pendência de regulamentação através de legislação complementar.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento e de inconstitucionalidade; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Maria Teresa Martínez López, Mauro Wasilewski e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf/ovrs



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

Recorrente : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ em Curitiba – PR:

“O presente processo trata de auto de infração de Contribuição Para o Programa de Integração Social - PIS (fls. 185/191), o qual exige da interessada o recolhimento de R\$ 2.653.288,74 de contribuição, além dos encargos legais.

2. Conforme explanado no Termo de Constatação, às fls. 183/184, o lançamento refere-se ao PIS correspondente à diferença resultante da alteração do conceito de faturamento promovido pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

3. Em face de ter a Justiça Federal, nos autos de ação de medida cautelar inominada (processo nº 1999.61.00.003589-8), concedido liminar à interessada com o fim de afastar a aplicação da Lei nº 9.718, de 1998, permitindo-lhe que recolha a Cofins nos termos da legislação anterior (Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998), o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, com a exigibilidade do crédito tributário suspensa e sem a aplicação de multa.

4. Enquadramento legal nos arts. 77, III, do Decreto-lei nº 5.844, de 1943; art. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – CTN; art. 3º, “b”, da Lei Complementar nº 07, de 07 de setembro de 1970, 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 1982; arts. 2º, I, 8º, I, e 9º, da Lei nº 9.715, de 1998, e arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

5. Cientificada do lançamento em 10/05/2001, a interessada ingressou, em 07/06/2001, com a tempestiva impugnação de fls. 200/232, onde articula as seguintes ponderações, em síntese:

a. ressalta já ter sido proferida sentença de mérito nos autos da Ação Ordinária nº 1999.61.00.010791-5, distribuída em apenso à Medida Cautelar nº 1999.61.00.003589-8, julgando procedente o pedido e confirmando a liminar previamente concedida, para que continue a recolher o PIS nos moldes da Lei nº 9.715, de 1998, afastada a aplicação da Lei nº 9.718, de 1998. Da referida sentença a União interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento. Assim, continua vigente a liminar concedida, e por conseguinte suspensa a exigibilidade do crédito tributário;



Processo n^o : 13807.004736/2001-11
Recurso n^o : 123.805
Acórdão n^o : 203-09.215

b. alega a nulidade do auto de infração, sob o argumento de que o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF – foi expedido por autoridade incompetente, ou seja, o Chefe da Divisão de Fiscalização da Indústria, que não está incluído no rol dos agentes públicos competentes para sua expedição, constante do art. 6º da Portaria SRF n^o 1.265, de 22 de novembro de 1999. Diz não ser possível a alegação de que tenha havido delegação de competência, com fundamento no art. 21 da referida portaria, tendo em vista que, além de não haver tal previsão regulamentar (inciso III), não foi indicado o ato pelo qual teria ocorrido a delegação, mesmo que de forma irregular. Igualmente, entende não ser possível tenha havido delegação por força do disposto no art. 1º da Portaria SRF n^o 407, de 17 de abril de 2001, uma vez que tal portaria foi editada e publicada posteriormente à emissão do questionado MPF;

c. diz ter o fisco se utilizado de instrumento inadequado para constituir o crédito tributário, isso porque a lavratura de auto de infração apenas se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidades, em face de infração cometida pelo contribuinte. No caso presente, entende, o instrumento adequado para a constituição do crédito tributário seria a notificação de lançamento, prevista nos arts. 9º e 11 do Decreto n^o 70.235, de 06 de março de 1972, porquanto não houve cometimento de irregularidade alguma passível de ser apurada e apenada por meio de auto de infração, já que a matéria tributável está sendo discutida judicialmente, inclusive com medida liminar deferida, sendo o lançamento destinado unicamente à garantia da constituição do crédito, em face do instituto da decadência;

d. argúi no sentido de que, apesar de a matéria tributável estar sendo discutida na esfera judicial, a autoridade julgadora deve se manifestar acerca da impugnação apresentada, sem levar em consideração o disposto no art. 38, da Lei n^o 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe que a propositura de ação judicial pelo contribuinte implica renúncia à esfera administrativa, isso porque a ação judicial foi interposta anteriormente à autuação, e porque tal artigo foi revogado pelo art. 51 da Lei n^o 9.784, de 19 de janeiro de 1999, que determina que qualquer renúncia à esfera administrativa não mais pode ser presumida, devendo ser requerida mediante manifestação escrita do contribuinte. Além do mais, em atenção ao princípio da especificidade das leis, deve-se aplicar o art. 51 da Lei n^o 9.784, de 1999, em detrimento do art. 38 da Lei n^o 6.830, de 1980, de vez que a Lei n^o 9.784, de 1999 regula o processo administrativo federal, enquanto a Lei n^o 6.830, de 1980, é uma norma de direito processual judicial, que regula o procedimento a ser adotado nos processos de execução fiscal;

e. ressalta o fato de que, além do objeto da ação judicial, ou seja, a discussão acerca da constitucionalidade da exigência do PIS nos termos da Lei n^o 9.718, de 1998, outros argumentos se apresentam para análise no presente processo, quais sejam: os vícios do MPF; a inadequação do meio utilizado para a constituição do crédito tributário; a inaplicabilidade do art. 38, parágrafo único, da Lei n^o 6.830,

SM



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

de 1980, e a ilegalidade da exigência de juros de mora exigidos, notadamente pela taxa Selic;

f. alega a inconstitucionalidade da exigência do PIS nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, com base na receita bruta, devendo a contribuição ser apurada em conformidade com a Lei nº 9.715, de 1998, com base no faturamento.

g. requer seja o julgamento efetuado tendo em vista a aplicação dos princípios constitucionais, não observados na edição da Lei nº 9.718, de 1998, não para declarar a inconstitucionalidade da referida lei, o que é tarefa exclusiva do poder judiciário, mas para que seja adequadamente aplicada a totalidade do ordenamento jurídico, reconhecendo-se, com isso, a supremacia da Constituição;

h. diz ser indevida a exigência de juros de mora, já que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa em decorrência de medida liminar concedida pela Justiça Federal, e os contribuintes não podem ser punidos por se socorrer do Poder Judiciário, sob pena de nada valer a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal;

i. reclama da cobrança de juros com base na Taxa Selic, de vez que esta possui natureza remuneratória, portanto jamais poderia ser utilizada como juros moratórios, além de que a referida taxa não foi criada por lei, em ofensa ao princípio constitucional da legalidade e ao disposto no art. 161, parágrafo primeiro, do Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - CTN.

j. Por fim, em lhe sendo favorável a análise de mérito, solicita não sejam apreciadas as questões preliminares, por economia processual.

6. Em face da Portaria MF nº 416, de 21 de novembro de 2.000, veio o processo a julgamento desta DRJ.”

Pela Decisão de fls. 234/245 – cuja ementa a seguir se transcreve – a autoridade singular julgou o lançamento procedente:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

Ementa: AÇÃO JUDICIAL.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa renúncia às instâncias administrativas.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. INSTRUMENTO UTILIZADO.

O auto de infração é o instrumento adequado à constituição de crédito tributário realizada por servidor competente, em trabalho de auditoria externa.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. MEDIDA LIMINAR.



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

A concessão de medida liminar não é obstáculo à constituição do crédito tributário, e o lançamento de ofício, nesse caso, visa evitar a decadência.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Incidem juros de mora equivalentes à Selic, em relação aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional.

Lançamento Procedente”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 249/274), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória. Argúi, ainda, a inaplicabilidade da Lei nº 6.830/80 e a necessidade de serem apreciados os argumentos de inconstitucionalidade suscitados.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de comprovante de arrolamento de bens (fls. 435/448).

É o relatório.



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

A preliminar de nulidade da ação fiscal baseada no argumento de que o MPF foi expedido por autoridade incompetente não merece ser acolhida, conforme demonstra-se a seguir.

A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, no art. 6º, lista as autoridades competentes para emitir o Mandado de Procedimento Fiscal, prevendo, também, no art. 21, a possibilidade de delegação de competência, entre outras, dos Delegados da Receita Federal para os Chefes das projeções do Sistema de Fiscalização ou Aduaneiro de suas respectivas unidades, como é o caso em questão. Observe-se que, contrariamente ao que alega a impugnante, tanto no MPF inicial como nos MPF complementares, anexados às fls. 01 a 06, consta o número das respectivas Portarias de delegação de competência.

A reclamante argumenta que a lavratura do auto de infração só se justifica quando da aplicação de penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte. O Fisco deveria ter constituído o crédito por meio de notificação de lançamento. Ao meu sentir, não merece ser acolhida a pretensão da recorrente, pois o lançamento, atividade administrativa vinculada e obrigatória, privativa da autoridade fiscal, não admite discricionariedade acerca de sua efetivação; basta estarem presentes as condições definidas em lei como necessárias e suficientes à sua realização, *in casu*, a ocorrência do fato gerador do tributo e a inércia do sujeito passivo em tomar a iniciativa dos atos preparatórios para o lançamento que a lei lhe atribuiu a responsabilidade, no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

A existência de ação judicial não afasta o direito-dever de a Fazenda Pública formalizar, por meio de lançamento, o crédito tributário que entender devido, porquanto essa forma de suspensão da exigibilidade não interrompe nem suspende o curso do prazo decadencial. O fato de o lançamento ser efetuado por meio de auto de infração ou notificação de lançamento não compromete sua validade, desde que estejam presentes todos os requisitos legais dos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 1972. O documento hábil para realizar o lançamento será o auto de infração ou a notificação de lançamento, conforme a falta se verificar, respectivamente, no serviço externo ou no serviço interno da repartição.

Em relação ao mérito da questão, a autoridade monocrática deixou de apreciá-lo, por entender que “a existência de ação judicial, em nome da interessada, importa renúncia às instâncias administrativas.”

A decisão recorrida não diverge da jurisprudência torrencial deste Colegiado, uma vez que as três Câmaras do Segundo Conselho de Contribuintes apascentaram o entendimento de não conhecer de recurso que verse sobre matéria, de igual teor, em discussão no Poder Judiciário pelo mesmo recorrente.

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



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

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.

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, 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 nº 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 importa em desistência da discussão nessa esfera. Esse é o entendimento dado pela Exposição de Motivos 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.*”



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

Mesmo que se considere os argumentos da recorrente no sentido que a norma acima referida só pode ser aplicada para as ações judiciais posteriores ao lançamento, o que se visa, como já destacado, é a não ocorrência de decisões conflitantes, sobretudo porque a decisão judicial tem efeito substitutivo e prevalente sobre a não jurisdicional. Por essas razões é que a exigência fiscal fundada em divergência da base de cálculo da Cofins, 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 esfera administrativa.

Quanto à necessidade de este Colegiado apreciar os argumentos de inconstitucionalidade suscitados, entendo não merecer acolhida os argumentos postos quanto à discussão na esfera administrativa sobre inconstitucionalidade das normas tributárias.

A Contribuição em apreço foi exigida nos exatos termos das Leis Complementares nºs 07/1970 e 17/1973 e da Lei nº 9.715/1995, as quais integram o ordenamento jurídico pátrio, tendo, portanto, vigência e eficácia plena enquanto não declaradas inconstitucionais pelo poder competente. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou os demais órgãos judicantes do Poder Judiciário, em controle difuso. Neste caso, para ter efeito *erga omnes*, necessita de resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Excelsa Corte. Assim, o contencioso administrativo não é o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza.

Nesse sentido é a jurisprudência torrencial deste Colegiado e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Daí seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema. Portanto, correto o acórdão recorrido ao não apreciar questões de inconstitucionalidade de normas, matéria que foge à competência do contencioso administrativo.

Em relação à exigência de juros moratórios, 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 declarada procedente a apelação cível, será reformada a decisão que exonerava a reclamante da obrigação tributária referente à Cofins, com isso, 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.

Os argumentos da recorrente sobre a arguição de inconstitucionalidade e desconformidade com o CTN da utilização para o cálculo dos juros de mora da Taxa Selic, segundo o disposto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, uma vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário.



Processo nº : 13807.004736/2001-11
Recurso nº : 123.805
Acórdão nº : 203-09.215

Com efeito, o próprio STF já decidiu que o § 3º do art. 192 da CF/88 não tem vida própria e depende de edição de lei complementar, além do mais esse dispositivo constitucional refere-se à concessão de crédito, daí nada tem a ver com ele o disposto no art. 161 do CTN, que trata do encargo dos juros de mora na cobrança de crédito tributário não integralmente pago no vencimento.

E, como já fundamentado pela decisão recorrida, o referido dispositivo do CTN permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em percentual superior a 1% ao mês.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário na parte objeto de demanda judicial, rejeitar as preliminares suscitadas, e, na matéria diferenciada, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS