



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De 16 / 03 / 06 VISTO
--

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003

Recorrente : SANTHER – FÁBRICA DE PAPEL SANTA THEREZINHA LTDA.
Recorrida : DRJ-I em São Paulo - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. A propositura de ação judicial não impede a formalização do lançamento pela autoridade administrativa, carreado no auto de infração, que pode e deve ser realizado, inclusive como meio de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento. **Preliminar rejeitada.**

RENÚNCIA. Há de ser mantida a decisão de primeira instância quanto a aplicabilidade da assim chamada renúncia administrativa sob o fundamento de ter submetido matéria à eleição da via judicial, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

PIS. TAXA SELIC. A falta do regular recolhimento da contribuição nos termos da legislação vigente, autoriza o lançamento de ofício com a taxa SELIC. É lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa SELIC. Precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
SANTHER – FÁBRICA DE PAPEL SANTA THEREZINHA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade; e no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em de 23 fevereiro de 2005.

Leonardo de Andrade Couto
Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Maria Teresa Martínez López
Maria Teresa Martínez López
Relatora

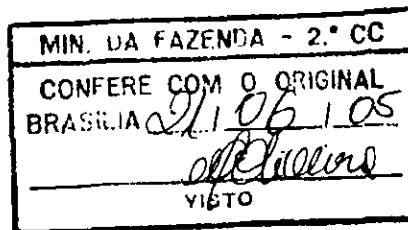
Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Cesar Piantavigna, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente), Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003



Recorrente : SANTHER – FÁBRICA DE PAPEL SANTA THEREZINHA LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, relativa aos fatos geradores de Fevereiro de 1999 a Setembro de 2001. Consta dos autos que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa por força de medida liminar obtida em ação judicial.

Inconformada com a autuação, a contribuinte protocolizou, em 19/04/2002, a impugnação, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas, que:

- o Auto de Infração lavrado é formalmente nulo porque o lançamento de crédito tributário, sujeito à posterior homologação deve ser efetuado mediante processo administrativo fiscal e não por meio de Auto de Infração;

- se fosse cabível o Auto de Infração, o mesmo deveria conter a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, e no presente auto a Autoridade Fiscal não cominou penalidade à impugnante;

- o Auto de Infração também é materialmente nulo porque na ordem de intimação consta que serão cobrados os acréscimos legais cabíveis sob pena de inscrição na dívida ativa e isso contraria ao § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996 que prescreve um prazo de trinta dias após a data da publicação da decisão judicial para o recolhimento do tributo e contribuição sem a incidência de multa de ofício. Além disso, o débito não poderia ser inscrito na Dívida Ativa da União pois assiste à impugnante o direito ao contraditório e ampla defesa em sede de processo administrativo, conforme art. 5º da CF). O lançamento em si também é nulo dado a manifesta inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998 de modo que não pode se conceber um lançamento baseado nas disposições dessa lei; e

- a Lei nº 9.718/1998 também não só distorceu o conceito de faturamento como também ofendeu o princípio da hierarquia das leis. Requer, por fim a nulidade do Auto de Infração e seu respectivo arquivamento.

Por meio do Acórdão/DRJ/ SPOI nº 1.326 , de 08 de agosto de 2002, os membros da 6ª Turma de Julgamento da DRJ/SPO-I, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2001

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO DO PIS

Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, "ex vi legis".



Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003

CRÉDITO TRIBUTÁRIO " SUB JUDICE "

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito pelo lançamento. A discussão na via judicial pode suspender a exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a sua cobrança, porém não impede sua constituição pelo lançamento.

AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. EFEITOS.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade e a qualquer tempo, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas.

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.718/1998

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso onde em síntese aduz :

a) que não há que se falar em renúncia administrativa eis que as matérias discutidas no Judiciário e no administrativo, pela recorrente são distintas. A recorrente (SIC) não está se servindo da via administrativa para questionar uma matéria já definitivamente julgada pelo Poder Judiciário;

b) reitera a impropriedade do uso do auto de infração para lançar o crédito tributário, acrescido dos juros de mora, em discussão na esfera judicial, cuja exigibilidade encontra-se suspensa por força de medida liminar;

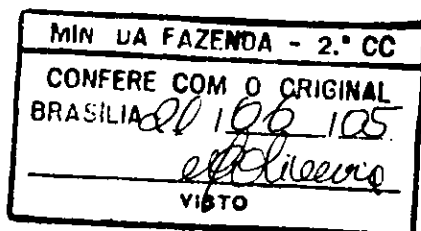
c) reitera a nulidade do auto de infração eis que não houve constatação e devida comprovação de infração à lei tributária, bem como, por estar eivado de vícios;

d) contesta a constitucionalidade da taxa SELIC; e

e) aduz que (SIC) as autoridades julgadoras administrativas podem sim apreciar a constitucionalidade das leis que aplicam.

Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002 e Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

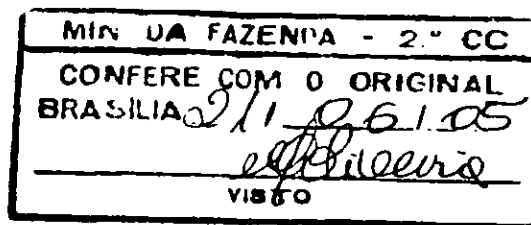
É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003



2º CC-MF
Fl.

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ**

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo ser conhecido.

O cerne da questão diz respeito à nulidade do auto de infração; da aplicabilidade da assim chamada renúncia administrativa; do exame de matéria constitucional e da taxa SELIC.

Da nulidade do auto de infração - Do lançamento - possibilidade

Alega a contribuinte a nulidade do procedimento adotado, eis que utilizado auto de infração para a constituição do crédito tributário. É importante salientar que não houve aplicação da multa de ofício, tendo em vista liminar obtida em ação judicial. Assim, a utilização do instrumento “auto de infração” faz com que a contribuinte possa, como de fato o fez, discutir matérias distintas, não englobadas na ação judicial.

O Decreto nº 70.235, estabelece em seus arts. 10 e 11, que: I) lançamento via Auto de Infração; “o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local de verificação da falta” e; II) Lançamento via Notificação de Lançamento - “notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo”.

Na verdade, importa registrar ser devido o lançamento efetuado, carreado no auto de infração, ainda que a contribuinte possua ação judicial. A interposição de ação judicial, seja qual for a modalidade, não tem o condão de impedir o Fisco de efetuar o lançamento de ofício, uma vez que essa atividade é vinculada e obrigatória, inclusive sob pena de responsabilidade funcional, tal como disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, no presente processo pela falta de recolhimento de contribuição social.

Nesse sentido, consta do voto do ilustre Relator Jorge Freire (Recurso nº 106.578) quando de sua manifestação sobre o assunto, da qual incorporo às minhas razões de decidir, o seguinte:

“É estreme de dúvidas que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação ex lege. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker¹, nasce com a ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo. Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo

¹ BECKER, Alfredo Augusto. “Teoria Geral do Direito Tributário”, 2a. ed., Ed. Saraiva, p. 311/314.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 21/06/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF Fl.

Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003

aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação, ainda não é poder exigi-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida (inexiste pretensão). Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal."

Assim, caso não pudesse o Fisco lançar, acarretaria a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

Nesse sentido o entendimento do Judiciário através do STJ, conforme Aresto² relatado pelo Ministro Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo:

"... O imposto de renda está sujeito ao regime do lançamento por homologação. Nessas condições, a Impetrante pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento 'ex officio'. Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico ('solve et repete', depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174)" – sublinhamos.

Portanto, dúvida não há quanto à legalidade da atividade fiscal, restando desprovido a alegação da contribuinte de suposta ilegalidade. Portanto, é de se rejeitar a nulidade do auto de infração.

Da matéria discutida no Judiciário - renúncia administrativa

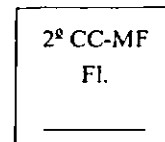
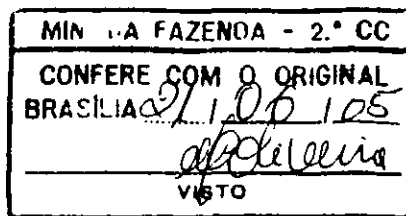
Extraí-se da análise dos autos que a contribuinte busca no Judiciário, o direito de recolher a contribuição sobre a receita de seu faturamento, afastada a incidência da Lei nº 9.718/98. A autoridade julgadora de primeira instância não conheceu do recurso relativamente às matérias *sub judice*.

² Rec. em MS 6096 - RN - 95.41601-8, julgado em 06/12/95, publicado no DJU em 26/02/96. No mesmo sentido, Recurso em MS 6.511-DF (95.65406-7), julgado em 14/03/96, DJU de 15/04/96, também relatado pelo Ministro Ari Pargendler.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003

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

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

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

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

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

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

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

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/06/05
<i>af. [assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

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

E mais, o Judiciário, através do STJ³, em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).

Portanto, acertada está a decisão *a quo* que não conheceu das matérias *sub judice*.

SELIC e DISCUSSÃO RELATIVA À INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

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

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

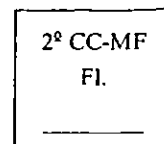
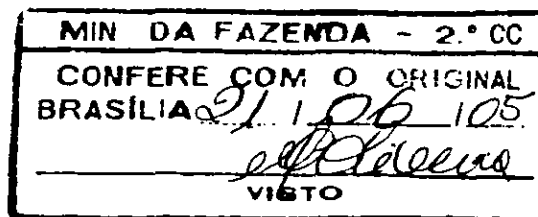
Não se pode esquecer, primeiramente, que a Constituição é uma lei, denominada Lei Fundamental, e, por conseguinte, nada impede que o contribuinte invoque tal ou qual dispositivo constitucional para alegar que a lei ou o ato administrativo contraria o disposto na Constituição. Afinal, há uma gama de interpretações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

³ (REsp 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91) . Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – n.º 23/95 – página 422.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003



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

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

Ademais, prevê a Constituição que se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, *caput* art 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88 e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou.⁶

Em face disso, existindo dúvida, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como se depreende do Acórdão nº 202-13.158, de 29 de agosto de 2001, a saber:

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

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

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

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

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



Processo nº : 13808.000482/2002-24
Recurso nº : 124.614
Acórdão nº : 203-10.003

No mais, nesse contexto apresentado, há de ser noticiado precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC, cujo excertos da ementa possuem a seguinte redação:

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

Portanto, com fundamento em precedentes jurisprudenciais, manifesto-me pela aplicabilidade da Taxa SELIC.

Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que o lançamento foi realizado com absoluta observância aos princípios norteadores do direito administrativo razão pela qual voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e no mérito negar provimento.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

