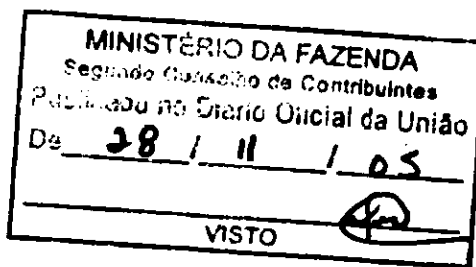




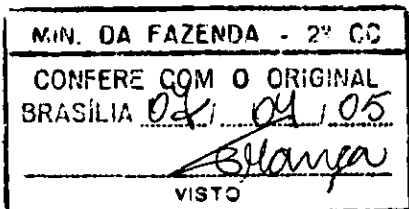
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

Recorrente : NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP



NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE NORMAS. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de inconstitucionalidade ou de ilegalidades das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação. Os juros de mora sobre o crédito tributário inadimplido, com fluência a partir do vencimento do tributo, decorre de expressa disposição de lei, que fixa os parâmetros de sua exigência. **NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.** Deixar a autoridade julgadora de primeira instância de discutir suposta inconstitucionalidade ou ilegalidade na cobrança de juros moratórios nos patamares fixados por lei, não viola o direito de defesa nem representa qualquer vício à decisão por ela proferida. **Preliminares rejeitadas.**

IPI. FIRMAS INTERDEPENDENTES. VALOR TRIBUTÁVEL MÍNIMO.

Restará configurada a interdependência entre duas firmas quando uma delas tiver vendido ou consignado à outra mais de 50% do volume das vendas dos produtos tributados, de sua fabricação ou importação. Em existindo esse vínculo entre as duas empresas, nas operações de remessa de uma para outra firma, o valor tributável (mínimo) não poderá ser inferior ao preço corrente dos produtos no mercado atacadista da praça do remetente.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2005


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Raimar da Silva Aguiar, Marcelo Marcondes Meyer-Kozłowski e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda..

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar.
cl/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 02 04 105
<i>Branca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

Recorrente : NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos, transcrevo o Relatório da Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – SP, fls. 175/177:

Contra a empresa em epígrafe, na qualidade de sucessora da Air Fone Com. e Serv. de Radiofonia Móvel Ltda, foi lavrado o Auto de Infração de fls.: 39/41, por recolhimento a menor do IPI, em razão da empresa promover a saída de produtos tributados para firma interdependente sem observar o valor tributável mínimo. O crédito tributário, assim lançado, totalizou R\$1.765.094,55, inclusos multa de ofício e juros moratórios.

Segundo o Termo de Constatação e Verificação Fiscal de fls.: 32/34, foram constatados, em síntese, os seguintes fatos:

1) A Air Fone Com. e Serv. de Radiofonia Móvel, vendia o produto "Transceptor Portátil e Móvel", classificado no código 85.25.20.01.99 da TIPI, para sua coligada (conforme o art. 489-I do RIPI/98), por deter 99,99% de suas quotas, a Air Link Com. e Serv. Ltda, atual Nextel S/A, pelo mesmo preço de importação deste produto, fato este que, em termos de débito e crédito do IPI, resulta em zerar o tributo. Constatou-se, ainda, apenas uma venda a preço de custo para a Via Rádio Telecomunicações Ltda.

2) Embora vendesse, para terceiros, o mesmo produto por um valor bem maior, foi comprovado que a autuada comercializava em torno de 85% (oitenta e cinco por cento) dos produtos com a Air Link, portanto sua interdependente nos termos da legislação do IPI, sem pagar o tributo na segunda saída, pois foi contrariado o art. 123-I do RIPI/98, que prevê o valor tributável mínimo do preço corrente no mercado atacadista da praça do remetente, nas saídas para interdependentes.

3) Assim, foi exigido o IPI que deixou de ser recolhido, no período que vai do 1º decêndio de fevereiro até o terceiro decêndio de dezembro de 1995, decorrente destas operações, com base nos preços praticados no atacado com outras empresas que não as interdependentes.

Deu-se a capitulação legal nos artigos: 22, incisos II e III; 29, inciso II, 54; 55, inciso I, alínea "b" e inciso II, alínea "c"; 59; 62; 68; 107, inciso II e 112, inciso IV, todos do RIPI/82.

Cientificado do lançamento em 21/06/2000, apresentou em 21/07/2000, através de seu representante legal (Procuração de fl.: 49), a tempestiva impugnação de fls.: 44/48, acompanhada da documentação de fls.: 50/121, cujo teor é, em síntese, o seguinte:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 04/04/05
<i>Branca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

1) *Discorre, com base em jurisprudência do STJ e STF, sobre a inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência cumulada de juros moratórios, "TRD" e Taxa SELIC sobre supostos débitos tributários, o que viola os art. 150-IV e 192, § 3º da CF/88.*

2) *Argui a nulidade do lançamento em razão do Termo de Constatação e Verificação Fiscal basear-se nos artigos 32-I e 123 do RIPI/98, o que configura manifesta inconstitucionalidade (art. 150, III, alínea "a" da CF/88), por tratar-se de aplicação retroativa de legislação editada muito posteriormente à ocorrência das operações elencadas.*

3) *Quanto ao mérito, não há dúvidas quanto ao equívoco e à insubsistência das acusações, pois a documentação juntada, que descreve a evolução societária da Requerente e de sua coligada, comprovam que a Air Link jamais foi coligada da impugnante.*

4) *Verifica-se, ainda que o próprio Auto de Infração atesta o cumprimento da Lei tida como violada quando certifica que nas operações com as supostas coligadas (85% das operações), a Requerente teria praticado o preço de atacado representado pelo preço de custo das importações que era o preço corrente no mercado atacadista da praça da remetente (Nextel) e, portanto o valor mínimo tributável nos termos do art. 68, inciso I do RIPI/82.*

5) *Diante desse reconhecimento inequívoco, pela digna fiscalização, de que a Requerente praticou o valor mínimo legalmente admitido, com a devida vênia, nada mais se faz necessário acrescentar para demonstrar a falsidade da acusação fiscal ora contradita.*

6) *Requer que se julgue nulos e insubsistentes, tanto a acusação de "infração", como o lançamento "ex officio", ora impugnados, cancelando as exigências de IPI, multa e acréscimos, por manifestamente ilegais.*

Em 09/04/2001, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – SP manifestou-se por meio da Decisão nº 1.261, fl. 175, assim ementada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 10/02/1995 a 31/12/1995

Ementa: CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. APRECIÇÃO.

Compete exclusivamente ao Poder Judiciário apreciar questões que versem sobre a constitucionalidade ou a legalidade de atos legais.

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 10/02/1995 a 31/12/1995

Ementa: VALOR TRIBUTÁVEL MÍNIMO. FIRMAS INTERDEPENDENTES.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZ.	2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASÍLIA 07/04/05	
Brança	
VISTO	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

Comprovado que o volume de vendas (85%) à preço de custo das importações caracterizaram o vínculo de interdependência entre as empresas, o valor tributável do IPI não poderá ser inferior ao preço corrente no mercado atacadista da praça do remetente.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Em 03/07/2002, não conformada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 186/196, requerendo sustentação oral das razões do recurso e reiterando os argumentos trazidos na peça. Aduz ainda que:

- a) é nula a decisão recorrida por esta não ter analisado as questões constitucionais postas em debate, por preterição do direito de defesa do acusado e a inconsistência da recusa do julgador em analisar e as questões suscitadas na impugnação;
- b) é nula de pleno direito por acolher um Auto de Infração eivado das ilegalidades e das nulidades; e
- c) à fl. 201 a Requerente apresentou Relação de Bens e Direitos para Arrolamento nos termos da IN SRF nº 26, de 06 de março de 2001.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 04/04/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A teor do relatado, versa o presente processo sobre Auto de Infração lavrado para constituir crédito de IPI que a reclamante deixara de recolher em razão de não haver observado o valor tributável mínimo nas operações com empresa interdependente.

Em sua defesa, a reclamante alega a nulidade da decisão recorrida: por não haver sido analisadas as questões constitucionais posta em debate; por haver cerceado o direito de defesa e por ser inconsistente a recusa do julgador em analisar e decidir as questões suscitadas na impugnação. Alega ainda a reclamante: a inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência cumulada de juros moratórios e Taxa Selic sobre o suposto indébito; a insubsistência da acusação contida no AI; a falsidade das premissas em que se baseou a Fiscalização, bem como a inocorrência de remessa à coligada.

Inicialmente, serão debatidos os argumentos da defesa de que seria possível o exame na esfera administrativa da inconstitucionalidade e ilegalidade de normas tributárias. A meu sentir, neste ponto, a razão não está ao lado da recorrente, pois, como será a seguir demonstrado, não cabe à autoridade administrativa analisar a 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 o 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.

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.

//



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 07/04/05
B. HANCO
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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 sistema² jurídico 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 às pessoas legitimadas a propor a ação de 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.

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 : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

MIN. DA F.	2º CC
CONFER. BRASILIA	07/09/05
O ORIGINAL	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Ao proclamar a prevalência da constituição sobre os demais atos legislativos e reconhecer o poder dos juizes 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 posterior 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.

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:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA F.	2º CS
CONFER	O ORIGINAL
BRASILIA 07/	04/105
<i>[Assinatura]</i>	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

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 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE O ORIGINAL
BRASÍLIA 04/04/05
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

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 éste 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)

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

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 07/04/05
<i>Bianca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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 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

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

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRÁSILIA 04/04/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

tribunais do Judiciário, nos administrativo 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.

De tudo o que foi exposto, conclui-se que deixar a autoridade administrativa de apreciar questões de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos normativos não cerceia o direito à ampla defesa dos contribuintes nem viola qualquer norma legal, pois não há omissão do agente quando não tem ele competência legal para praticar a ação requerida. No caso, somente o Poder Judiciário poderia enfrentar essas questões. Diante disso, não vislumbro razão à preliminar de nulidade suscitada pela defesa.

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 à autoridade administrativa, como dito linhas acima, não compete a apreciação da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001446/00-45
Recurso nº : 121.611
Acórdão nº : 202-16.152

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 04/04/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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, o Fisco ao aplicar-lhes ao lançamento.

Quanto aos argumentos de que não houve remessa para coligada, razão assiste à defesa, pois a documentação acostada aos autos demonstra que, a época dos fatos ensejadores da autuação, a recorrente não era coligada da empresa adquirente de seus produtos, como bem esclareceu a decisão *a quo*. Todavia, isso não infirma a acusação fiscal, vez que o valor tributável mínimo nas operações de venda das mercadorias objeto do auto de infração em análise deveria haver sido observado pela reclamante, já que a interdependência entre as duas empresas restou configurada, porquanto a autuada haver vendido, no período auditado, à Air Link Comércio e Serviços Ltda. (hoje denominada de Nextel S.A.) mais de 85% dos produtos em questão.

Ressalte-se que a interdependência entre duas empresas, por força do disposto no inciso III do artigo 42 da Lei nº 4.502/1964, restará configurada quando uma delas tiver vendido ou consignado à outra mais de 50% do volume das vendas dos produtos tributados, de sua fabricação ou importação. No caso em análise, esse percentual excedeu a 85%, o que retira qualquer resquício de dúvida acerca do vínculo de interdependência existente entre as duas empresas.

Em havendo a interdependência, a legislação exige que nas remessas de produtos tributados de uma para outra empresa seja observado o valor tributável mínimo, *in casu*, o preço do mercado atacadista da praça do remetente. Essa exigência não foi cumprida pela reclamante, que deu saída aos produtos para sua interdependente pelo mesmo preço que os importou (preço de custo), sem observar o preço corrente no mercado atacadista de sua praça. Para as demais empresas, a reclamante cobrou preços bem acima do de custo, o que denota o favorecimento à interdependente. Daí o acerto da Fiscalização em exigir a diferença do imposto devido, diferença essa encontrada cotejando-se a base de cálculo utilizada pela autuada (preço de custo) com a que determina a lei (preço do mercado atacadista da praça do remetente).

Desta feita, não há qualquer reparo a ser feito no trabalho fiscal.

Com essas considerações, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2005

[Assinatura]
HENRIQUE PINHEIRO TORRES