



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MINISTÉRIO DA FAZENDA		
Segundo Conselho de Contribuintes		
Publicado no Diário Oficial da União		
De 20 / 12 / 05		
VISTO		

2º CC-MF  
Fl.

Recorrente : MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

#### NORMAS PROCESSUAIS

- Opção pela Via Judicial – O ajuizamento de qualquer modalidade de ação judicial anterior, concomitante ou posterior ao procedimento fiscal, importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, e o apelo eventualmente interposto pelo sujeito passivo não deve ser conhecido pelos órgãos de julgamento da instância não jurisdicional, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

- INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. As instâncias administrativas não competem apreciar vícios de constitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - Multa de Ofício - O não cumprimento da legislação fiscal sujeita o infrator à multa de ofício no percentual de 75% do valor do imposto devido, nos termos da legislação tributária específica.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
**MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

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

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2005

Henrique Pinheiro Torres  
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.

Imp/



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26 / 05 / 05
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

## RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos, adoto e transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

*"Com fulcro no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI/98), aprovado pelo Decreto nº 2.637, de 25 de junho de 1998, e no Regulamento de IPI (RIPI/2002), aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002; consonte capituloção legal consignada à fl. 11, foi lavrado o auto de infração de fl. 05, em 17/08/2004, para exigir R\$11.790.022,33 de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), R\$4.171.102,92 de juros de mora calculados até 30/07/2004, e R\$8.842.516,49 de multa proporcional ao valor do imposto, o que representa o crédito tributário consolidado de R\$24.803.641,74.*

2. A autuação foi efetuada com arrimo no Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F) nº 08.1.12.00-2003-00132-9, de fl. 01, expedido em 16/06/2003, referente a IPI e aos períodos de abril de 1996 a dezembro de 2000 e de janeiro de 2001 a junho de 2003. Posteriormente, em 28/07/2004, foi emitido o MPF Complementar nº 08.1.12.00-2003-00132-9-2, de fl. 03, com a inclusão do período de julho a dezembro de 2003.

3. Nos termos da descrição dos fatos, de fls. 06/11, a empresa recolheu a menor o imposto, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, por ter se aproveitado indevidamente de créditos calculados pela alíquota de 70%, relativa ao produto final (cachaça ou caninha, código TIPI 2208.40.00), na aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, utilizados no processo de industrialização, com suspensão do imposto, com alíquota zero ou não tributados, conforme cópia do livro Registro de Apuração de fls. 33/146 e cópias de planilhas de fls. 147/196.

4. Agiu assim o sujeito passivo com amparo no Mandado de Segurança nº 2001.61.09.004484-2, sendo, por fim, denegada a segurança na sentença prolatada em 26/05/2003, com cópia às fls. 200/207, estando a demanda pendente de análise do recurso de apelação interposto pela contribuinte, recebido no efeito regular. Não há notícias sobre a concessão de tutela liminar que dê causa à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

5. Tomou ciência do auto de infração, em 17/08/2004, o representante legal da empresa, Sr. Arnaldo José Missiato, sócio-gerente, conforme alteração contratual de fls. 240/246.

6. Em 06/09/2004, irresignada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 222/235, subscrita pelo referido representante legal da pessoa jurídica, instruída com a documentação de fls. 236/247 e em que aduz as seguintes razões de defesa, resumidamente:

a) Trata-se de créditos de IPI aproveitados na escrita fiscal, advindos da aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem com isenção, alíquota zero ou não-tributação do imposto, sendo que na saída o produto industrializado é tributado à alíquota de 70%;

b) A vedação de tais créditos, o que só pode ser admitido no caso do ICMS, ofende o disposto na CF, art. 153, § 3º, II, conforme pronunciamentos judiciais, pois há a negação da vigência do princípio da não-cumulatividade do imposto, tendo a impugnante



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 25/05/06
VISTO

2º CC-MF  
FI.

impetrado mandado de segurança, agora em fase de análise de recurso de apelação tendo em vista a denegação da segurança por sentença; a contribuinte fez uso do direito creditório com base nos ditames da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, arts. 73 e 74, e da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 11;

c) A empresa adquire de engenhos a aguardente, com suspensão ou isenção do imposto, e recolhe o imposto sobre o valor total da comercialização e não somente sobre o valor agregado; a suspensão do imposto na saída dos produtos do produtor para a indústria tem como base legal a Lei nº 9.493, de 11 de setembro de 1997, art. 4º;) É exagerada, abusiva a penalidade aplicada de 75%, com manifesta ofensa ao princípio do não-confisco, consagrado pela Constituição;

e) Por derradeiro, requer que seja recebida a impugnação e que seja julgado nulo o combalido lançamento fiscal, por absoluta falta de suporte legal.”

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou o entendimento adotado por meio da seguinte ementa:

*“Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI*

*Ano-calendário: 2001, 2002, 2003*

*Ementa: GLOSA DE CRÉDITOS INDEVIDOS. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.*

*Cobra-se o imposto resultante da glosa de créditos indevidos, com os consectários legais, sendo inexistentes as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário na época da lavratura da peça acusativa.*

*MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.*

*A penalidade pecuniária é imposta se existir inadimplência da prestação pecuniária, conforme os ditames legais.*

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Ano-calendário: 2001, 2002, 2003*

*Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.*

*A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, com o mesmo objeto da autuação, importa em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.*

*Lançamento Procedente”*

Não conformada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a contribuinte recorreu a este Conselho solicitando reforma da Decisão recorrida.

É o relatório. //



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
FI.

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26. 06. 06
VISTO

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso merece ser conhecido por ser tempestivo e atender aos demais pressupostos de admissibilidade.

Quanto à aplicação da renúncia à via administrativa, entendo não merecer reparo a decisão *a quo*, pois a submissão da mesma matéria ao Poder Judiciário impede os órgãos judicantes administrativos de discuti-las, já que a procura da tutela jurisdicional tornar completamente estéril a discussão em outras vias.

Da análise dos autos, verifica-se que a reclamante impetrou mandado de segurança perante a Justiça Federal em São Paulo – SP (MS nº 2001.61.09.004484-2), para que lhe fosse permitido aproveitar créditos fictos de IPI, concernentes a insumos adquiridos com suspensão de IPI ou outras causas de não tributação, tendo como parâmetro a alíquota de 70% que incidiria sobre os produtos fabricados. A impetrante fundamenta o pedido no princípio constitucional da não cumulatividade.

A autuação ora em debate versa, justamente, sobre a glosa dos créditos objeto da ação judicial impetrada pela ora recorrente.

Primeiramente, cabe esclarecer que, muito embora o termo “renúncia” sugira que a ação judicial tenha sido interposta posteriormente ao procedimento fiscal, na essência, com o devido respeito dos que defendem o contrário, as conclusões são as mesmas, porquanto, após iniciada a ação judicial, o julgador administrativo vê-se impedido de manifestar-se sobre o apelo interposto pelo contribuinte, vez que a questão passou a ser examinada pelo Poder Judiciário, detentor, com exclusividade, da prerrogativa constitucional de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Neste sentido é a jurisprudência mansa e pacífica do Segundo Conselho de Contribuintes e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais que têm aplicado a renúncia à via administrativa quando o sujeito passivo procura provimento jurisdicional pertinente a matéria objeto do processo fiscal.

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 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.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26/06/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF  
FL

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, **por qualquer modalidade de ação**, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito não jurisdicional. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão 202-09.648), “*tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação 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 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 torna inócuo qualquer pronunciamento administrativo. Esse é o entendimento dado pela exposição de motivo 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.*”.

Por derradeiro, cabe ressaltar que o pressuposto para configurar a renúncia à esfera administrativa é o simples fato de o sujeito passivo haver propostos ação judicial versando sobre a mesma matéria que deu origem ao processo administrativo. *In casu*, é irrelevante o tipo de ação ou o momento de sua propositura, pois, qualquer que seja a hipótese, se se admitisse a concomitância de processos judiciais e administrativos, estar-se-ia violando o princípio constitucional da unicidade de jurisdição.

De tudo o que se disse, fica claro que a decisão recorrida, ao não apreciar o mérito da impugnação do sujeito passivo, não incorreu em qualquer vício, já que a questão lá debatida fora deslocada para o Poder Judiciário. A discussão na esfera administrativa não



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26/05/05
VISTO

2º CC-MF  
FL.

passaria de um estéril “faz-de-conta”, já que, em qualquer hipótese, prevalecerá a decisão jurisdicional.

Quanto à multa de ofício, cabe esclarecer que sua aplicação decorreu do descumprimento da obrigação principal, qual seja, o recolhimento do IPI. A legislação que disciplina a matéria prevê a aplicação de multa em casos de não recolhimento ou recolhimento a menor de tributos e contribuições, apuradas em procedimento de ofício.

A aplicação da penalidade cominada em lei não é atividade discricionária, sendo, antes, obrigatória e vinculada, não podendo a autoridade fiscal deixar de aplicá-la, em se configurando a situação tipificada no texto legal, sob pena de responsabilidade funcional.

A situação fática apresentada nos autos subssume exatamente na hipótese prevista no inciso I do art. 80 da Lei nº 4.502/1964, com a redação dada pelo art. 45 da Lei nº 9.430/1996 – falta de recolhimento do imposto devido – e enseja a quem nela incorrer a multa de 75% da obrigação tributária não satisfeita. Agiu, pois, corretamente, a fiscalização ao aplicar a penalidade prevista na lei tributária específica.

Os argumentos de que a multa lançada representaria confisco não serão aqui debatidos, pois a discussão convergiria, necessariamente, para a análise da constitucionalidade da lei que fixara o percentual da multa aplicável, matéria alheia à competência das instâncias administrativas, como demonstrar-se-á a seguir:

Para começar este tema, faremos um breve passeio na história do controle de constitucionalidade.

O mundo conhece hoje, no dizer <sup>1</sup>Cappelletti, dois grandes tipos de sistemas de controle da legitimidade constitucional das leis:

O “sistema difuso”, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que os exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

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 austriaco 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.

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

<sup>1</sup> M. CAPPELLETTI, O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, 2ª ed, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre 1992, p 67 ss.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFIRME COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26/05/06
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

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 sistema 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 intervintiva 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 em 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.

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

<sup>2</sup> 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 : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26/05/05
VISTO

2º CC-MF  
FL.

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 juízes 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 posteriori 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.

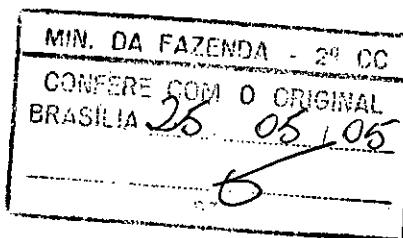
Quanto ao momento de sua realização, o controle é dividido em preventivo e repressivo, o primeiro realizado durante o processo legislativo e, o segundo, após a entrada em vigor da lei.

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 voto 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:

*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 presenciais, ... (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.



Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

Pode ainda o controle repressivo dár-se de forma difusa, ou seja, como incidente processual, no julgamento de casos concretos.

Depois de tudo o que aqui foi dito, pergunta-se:

podem os órgãos judicantes da administração afastarem a aplicação de lei **inconstitucional?**

podem esses órgãos afastarem 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 asserir-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 julgarem inconstitucional, pois **competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela constituição**.

No mesmo sentido, é a lição de Lúcio Bittencourt<sup>3</sup> 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.

<sup>3</sup> Bittencourt, Lúcio - O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, Forense, 1968, 2º edição, págs. 91 a 96.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 25/05/2005
VISTO

2º CC-MF  
FL.

*Oscar Saraiva entende que o julgamento da constitucionalidade é privativo do Judiciário, porque, se este 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 constitucionalidade. 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 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 fosse 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 Barroso<sup>4</sup>:

*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*

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: ed. Saraiva, 3º edição, pp 170 e 171.



Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 25/05/05
VISTO

2º CC-MF  
FI.

*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 constitucionalidade, 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 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.

ff



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13891.000132/2004-28  
Recurso nº : 128.970  
Acórdão nº : 204-00.044

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26/05/05
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

De tudo o que foi dito, resta concluir que falece aos órgãos judicantes da Administração competência para afastar a aplicação de lei ainda vigente. Missão atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2005

HENRIQUE PINHEIRO TORRES