



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo n° 16020.000249/2007-00  
Recurso n° 150.808 Voluntário  
Matéria DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÕES  
Acórdão n° 206-00.986  
Sessão de 05 de junho de 2008  
Recorrente FIORELLA PRODUTOS TÊXTEIS LTDA  
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/09/2003

**RECURSO - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO.**

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação.

**INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE - ESFERA ADMINISTRATIVA.**

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

**MATÉRIA SUB JUDICE - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA.**

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 16020.000249/2007-00  
Acórdão n.º 206-00.986

2.º CC/MP - Sexta Câmara  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 24/03/09  
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho  
Matr. SIAPE 751683

CC02/C06  
Fls. 313

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

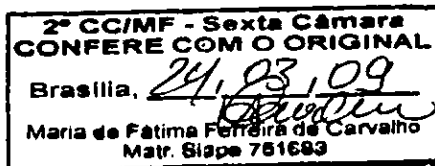
Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



## Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições dos segurados, descontadas dos mesmos o que, em tese, configura a prática de crime de Apropriação Indébita Previdenciária, definido no Código Penal Brasileira no art. 168-A, inciso I, acrescentado pela Lei nº 9.983/2000.

O Relatório Fiscal (fls. 41/43) informa que a presente notificação está substituindo parcialmente notificação anterior também referente à contribuição descontada dos segurados abrangendo o período de 04/1999 a 09/2003.

A substituição ocorreu em razão da notificada ter movido Ação Ordinária nº 2003.34.00.036222-8 – 15ª Vara Federal de Brasília/DF, onde pleiteia o direito de pagar em condições especiais débitos confessados espontaneamente, no período de 01/2002 a 09/2003. Como parte do lançamento anterior dependia da decisão judicial, a notificação anterior foi desmembrada e lançadas na presente, somente as contribuições relativas ao período questionado na justiça.

Por meio da ação supra mencionada, a notificada pretende que o Poder Judiciário julgue corretos os cálculos efetuados pela mesma, com base nos índices e percentuais que entende devidos, de tal sorte que possa efetuar o parcelamento dos valores cujos cálculos efetuou e submeteu à apreciação judicial.

A notificada apresentou impugnação tempestiva (fls. 113/152), onde alega que o débito objeto do auto de infração (sic) encontra-se *sub judice*, uma vez que moveu ação ordinária de modo a garantir o pagamento dos débitos confessados espontaneamente, cuja distribuição se deu anteriormente à NFLD 35.629.048-4 que foi substituída pela presente. Entende que a notificação em tela não é possível em razão da suspensão da exigibilidade dos débitos cobrados.

Alega que uma vez pendente discussão administrativa acerca da legalidade do presente débito, a fiscalização ficaria impedida de proceder a qualquer ato que culmine no ajuizamento de ação penal contra os representantes da impugnante. Também entende que não há como aceitar que o Ministério Público possa interpor Ação Penal contra o contribuinte quando sequer ocorreu decisão final na esfera administrativa.

Argumenta que está inserida dentro da esfera de competência da administração, a possibilidade de deixar de aplicar um dispositivo legal em virtude de considerá-lo inconstitucional.

Considera ilegal a multa aplicada que se caracteriza como confiscatória e desproporcional.

Ilegal e inconstitucional seria a taxa de juros SELIC, pela ausência de fundamento de validade para sua instituição em flagrante desrespeito ao art. 192, *caput* da Constituição Federal.

Entende que a aplicação de multa e juros moratórios caracteriza "*bis in idem*"

Pela Decisão-Notificação nº 21.038/0046/2007 (fls. 170/176), o lançamento foi considerado procedente.

Contra a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 185/244), onde efetua a repetição das alegações já apresentadas em defesa, porém inova na alegação de que a notificação seria nula por cerceamento de defesa, em razão de não conter os requisitos de validade elencados no art. 11 do Decreto nº 70.235/1972. Considera que o cerceamento de defesa ocorreu pela forma obscura do cálculo e aplicação da taxa de juros aplicada ao imposto (sic).

O recurso teve seguimento por força da decisão contida nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.61.10.013153-7.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o Relatório.

## Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não será conhecido no que se refere às matérias submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

A recorrente inova em sede recursal com a alegação de que teria havido cerceamento de defesa consubstanciado em alegada obscuridade na forma de cálculo e aplicação da taxa de juros.

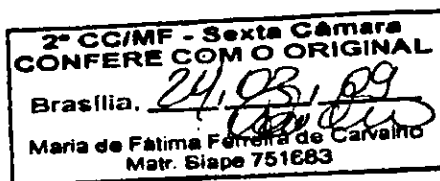
Nota-se que tal questão não foi suscitada em defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

*“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.”*

A recorrente alega que os créditos em questão estariam com a exigibilidade suspensa, em razão da ação judicial proposta. Portanto, não seria possível a presente Notificação de Lançamento.

No entanto, a propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.



O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Quanto à alegação referente à possibilidade de não-aplicação da lei em face da arguição de inconstitucionalidade pela autoridade administrativa, não é possível acolhê-la.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la.

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo.

*"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21)" (g.n.).*

No que tange à alegação de prejudicialidade criminal em razão de dependência de decisão final na esfera administrativa, vale dizer que a confecção de Representação Fiscal para Fins Penais deve ser efetuada pela auditoria fiscal sempre que se configurar, em tese, crime tipificado em lei.

Tal obrigação está contida em dispositivos da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, vigente à época do lançamento, os quais encontram-se abaixo transcritos:

*"Art. 159. A falta de recolhimento, no prazo legal, das importâncias retidas configura, em tese, crime contra a Previdência Social previsto no art. 168-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 9.983, de 2000, ensejando a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP, na forma do art. 616.*

*Art. 616. Por disposição expressa no art. 66 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941 (Lei de Contravenções Penais), o AFPS formalizará RFFP sempre que, no exercício de suas funções internas ou externas, tiver conhecimento da ocorrência, em tese, de:*

*I - crime de ação penal pública que não dependa de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça;*

*II - contravenção penal.*

*Parágrafo único. Considera-se, nos termos do Decreto-Lei nº 3.914, de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais):*

*I - crime, a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa;*

*II - contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.*

*Art. 617. São crimes de ação penal pública, dentre outros, os previstos nos arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802, de 1989, alterada pela Lei nº 9.974, de 2000, nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137, de 1990, nos arts. 54 a 56, 60 e 61 da Lei nº 9.605, de 1998, e os a seguir relacionados, previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal):*

*(...).*

*III - a apropriação indébita previdenciária, com previsão no art. 168-A;"*

Portanto, não cabe à esta instância julgadora manifestar-se a respeito da oportunidade da emissão da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP e, tampouco, a respeito do oferecimento ou não de denúncia antes da decisão definitiva administrativa, uma vez que tal procedimento é de competência do Ministério Público, a quem a recorrente deve manifestar seu inconformismo.

A recorrente alega ilegalidade dos encargos incidentes sobre o débito, multa e juros SELIC. Tal alegação não será conhecida em razão de sua apresentação perante o Poder Judiciário nos autos da Ação Ordinária nº 2003.34.00.036222-8 – 15ª Vara Federal de Brasília/DF.

Quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário entendo importante tecer algumas considerações.

Existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

*"O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa."*

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88;

*"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.*

*(...).*

*XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."*

Nesse sentido, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá a mesma ser analisada na esfera administrativa.

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

**Lei nº 6.830**, de 22/09/80 (trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública):

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

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

Lei nº 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto nº 3.048/99):

"Art.126 (...).

*§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."*

Pelas razões citadas é irrelevante se a ação judicial proposta se deu antes ou depois do lançamento.

Nesta instância administrativa, tal questão já se encontra definida na Súmula nº 01 do 2º CC do Ministério da Fazenda, publicada no DOU de 26/09/2007

*"Súmula nº 1*

*Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo."*

Diante de todo o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso somente em relação às matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Sala das Sessões, em 05 de junho de 2008

  
ANA MARIA BANDEIRA