



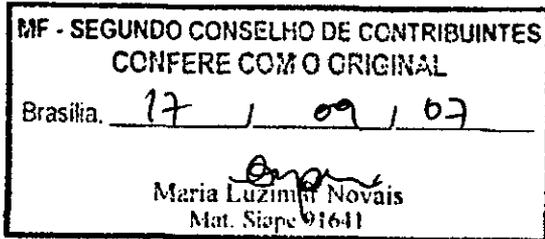
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516



Recorrente : DE MILLUS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ



NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS RELATIVAS AO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. DESCABIMENTO. Somente as hipóteses versadas no art. 59 do Decreto 70.235/72 acarretam a nulidade da autuação, constituindo o MPF mero instrumento interno de controle da atividade de fiscalização.

NULIDADE POR FALTA DE DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO NA EXISTÊNCIA DE PLANILHAS DEMONSTRATIVAS DA BASE DE CÁLCULO E DO VALOR DA CONTRIBUIÇÃO CONSIDERADOS DEVIDOS E DO VALOR DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO. Nos autos de infração lavrados por diferença entre o valor da contribuição considerado correto pela fiscalização e aquele confessado pelo contribuinte em sua DCTF cumpre à fiscalização demonstrar e comprovar a diferença objeto do lançamento. Demonstrada ela por meio de planilhas que identifiquem com precisão os valores considerados e a origem dos dados, nenhum cerceamento se afigura à defesa do contribuinte, que deve apontar os erros e ou imprecisão dos levantamentos fiscais.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. A propositura de ação judicial sobre o mesmo assunto acarreta a renúncia à discussão na esfera administrativa face à supremacia daquela sobre esta.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. Aos julgadores administrativos é defeso o exame da constitucionalidade dos atos legais regularmente editados e em vigor. No caso do Conselho de Contribuintes trata-se, hoje, inclusive, de norma regimental.

PIS. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇAS CONSTATADAS ENTRE O VALOR DECLARADO E O APURADO PELA FISCALIZAÇÃO COM BASE NOS REGISTROS CONTÁBEIS DA EMPRESA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. Constatadas divergências entre o valor declarado em DCTF e aquele considerado correto pela fiscalização deve esta promover o competente lançamento de ofício com a multa prevista em lei.

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC COMO JUROS DE MORA. DESCABIMENTO POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL. A aplicação da taxa Selic como juros de mora nos pagamentos em atraso de débitos tributário decorre de expressa disposição legal

1



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília. <u>17 / 09 / 07</u> Maria Luzilmar Novais Mat. Sign. 91641
--

2º CC-MF Fl. _____

não declarada inconstitucional pelo STF e portanto de cumprimento obrigatório.

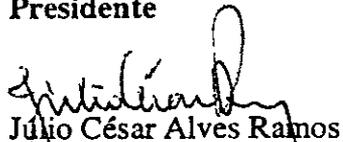
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DE MILLUS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

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

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2007.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Julio César Alves Ramos
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Leonardo Siade Manzan, Airton Adelar Hack e Flávio de Sá Munhoz.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 17 / 09 / 07

Maria Luzimar Novais
Mat. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl. _____

Recorrente : DE MILLUS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO

RELATÓRIO

O processo retrata lançamento de ofício lavrado contra a empresa relativo ao PIS dos períodos de apuração mensais compreendidos entre os meses de maio de 1999 e maio de 2002 e a ela cientificado em 19 de novembro de 2002. Na capa do auto de infração (e apenas aí) consta a informação de que o crédito constituído “está com a exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos do Processo nº 99.0013680-2 da 21ª Vara federal e com Ordem de Segurança concedida em 24/11/99 neste mesmo processo (art. 151, incisos II e IV do CTN)”. Em respeito ao comando do art. 63 da Lei nº 9.430/96 não foi exigida multa de ofício, apenas os juros de mora, estes calculados segundo a variação acumulada da taxa Selic.

A motivação do lançamento vem descrita sucintamente no Termo de Constatação e Verificação Fiscal de fls. 49 a 51, da seguinte forma: “a origem do auto de infração a que este se encontra anexo, e dele fazendo parte integrante, deveu-se ao fato da fiscalização ter encontrado diferenças entre os valores declarados/recolhidos e os valores por ela apurados, conforme consta nos Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada de fls. 11 a 14”.

Os demonstrativos mencionados apresentam os valores considerados corretos pela fiscalização (cinco primeiras colunas) e o comparam com os débitos declarados em DCTF. São lançadas as diferenças assim encontradas e que não tenham sido objeto de pagamento espontâneo, parcelamento requerido ou outra qualquer forma de extinção do crédito tributário. O dado inicial desses demonstrativos – a base de cálculo mensal da contribuição – está explicitada nas planilhas “Base de Cálculo (Tributo: PIS Faturamento/Rec. Operacional), anexas às fls. 15 a 22, as quais, por sua vez, são compostas a partir dos valores das receitas mensais e exclusões constantes das planilhas “INFORMAÇÕES PRESTADAS À SRF” que são preenchidas pela própria empresa em atendimento a intimação da fiscalização.

A fiscalização não juntou ao auto de infração nem as declarações onde constam os “valores declarados” indicados na planilha “Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada”, nem cópias de livros contábeis/fiscais nos quais tenham sido conferidos os valores informados pela empresa na planilha “INFORMAÇÕES PRESTADAS À SRF”.

Após julgado procedente pela DRJ no Rio de Janeiro II - RJ, a empresa interpõe o presente recurso em que aponta as seguintes motivações para, preliminarmente, o auto seja considerado nulo:

1. por incompetência do fiscal autuante, uma vez que, segundo ela, o MPF inicialmente expedido para a execução dos trabalhos fiscais ter se expirado por decurso de prazo e ter sido emitido outro, em nome do mesmo AFRF, em flagrante desrespeito às disposições da Portaria SRF 3.007, que o disciplina;
2. por cerceamento do direito de defesa do contribuinte consubstanciado na falta de descrição dos fatos que ensejaram o lançamento, dado que, segundo ela “o auto não indica as receitas que considerou tributáveis, de modo a demonstrar a origem das diferenças lançadas. Não se sabe, portanto, onde foi o Sr. Fiscal colher os valores sobre os quais fez incidir a tributação, ignorando-se até mesmo se esses valores se constituem efetivamente em receitas, e, em caso afirmativo, de que natureza”;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>17</u> / <u>09</u> / <u>07</u>  Maria Luzimara Novais Mat. Supl. 91641
--

2º CC-MF Fl. _____

Quanto ao mérito, mesmo apontando a dificuldade de compreensão do auto, defende-se a empresa alegando que as diferenças encontradas devem ao seu questionamento das alterações promovidas na base de cálculo da contribuição pela Lei nº 9.718/98. Sob essa premissa, passa então a demonstrar porque, em seu entender, tais alterações são inconstitucionais, o que a motivou a ingressar com ação judicial. Defende que essa propositura, por ter sido anterior ao lançamento não implica renúncia da apreciação administrativa da matéria, o que, aliás, provoca a nulidade da decisão *a quo* na qual a matéria não foi apreciada sob tal argumento. Por fim, insurge-se contra a utilização da taxa Selic como juros de mora, manejando os conhecidos argumentos acerca da sua inconstitucionalidade por contrariar o art. 161 do CTN em virtude de não ser ela, Selic, fixada por lei e de que a melhor interpretação da autorização contida no parágrafo único daquele artigo é no sentido de que ela apenas permita fixar juros inferiores a 1% ao mês, nunca juros superiores.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 17 / 09 / 07 Maria Luzimar Novais Mat. Siapa 91641
--

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

A análise da tempestividade do recurso, condição para o seu conhecimento, revela-se complicada pela ausência do Aviso de Recebimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos relativo à intimação por meio da qual se deu ciência ao contribuinte da decisão proferida pela DRJ.

Consta a fl. 108 dos autos despacho da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro II - RJ para que a Dicat da Derat Rio promova a ciência do contribuinte da decisão proferida. À fl. 109 aparece cópia da intimação assim expedida, datada de 14 de maio de 2003, a qual é seguida pela petição da empresa referente ao seu recurso, datado, por sua vez de 26 de junho de 2003 e recebido na Derat em 27 do mesmo mês. Não há qualquer documento que ateste em que data a empresa tomou ciência da decisão e permita aferir se o recurso é tempestivo. À fl. 143 consta despacho com timbre da Central de Atendimento ao Contribuinte-Penha, datado de 09 de março de 2004, em que se reconhece que, até aquela data, o AR não havia retornado e se propõe considerar como data de ciência o 16º dia após a postagem; esta última, porém, tampouco consta nos autos.

Seguiram-se tertúlias quanto ao cumprimento pelo contribuinte das exigências relativas ao arrolamento de bens nas quais se perderam mais dois anos, sendo, após isso, em 26 de novembro de 2006, finalmente encaminhado o recurso a esta Casa em despacho de fl. 202 que o considerou tempestivo. As discussões acerca do arrolamento encontram-se hoje superadas face à determinação administrativa de que não seja mais exigido em virtude da decisão judicial definitiva que apontou a sua inconstitucionalidade.

Como se vê, não há nos autos a prova cabal quanto à tempestividade do recurso. Não obstante, entendo que ela pode ser superada, em homenagem ao princípio da eficiência.

É certo que a proposta do CAC da Derat Rio não se coaduna bem com o teor do art. 23 do Decreto 70.235/72, nem mesmo em sua redação original. A uma, porque ali não se menciona "data de postagem" mas sim a de entrega à agência postal. A duas, porque trata-se do caso em que o AR existe, apenas-nele não consta a data em que foi recebido.

Mesmo que se considere a redação atual, que menciona, para a mesma hipótese, a da "expedição da intimação", esta também não aparece expressamente. Tudo que se tem nos autos é a data em que a intimação foi emitida: 14 de maio de 2003. O que me faz admiti-la é a quase certeza de que a "expedição" não lhe pode ser anterior. E se essa data for considerada, e a partir dela se contarem 15 dias, o prazo começaria a contar em 30 de maio e se esgotaria em 29 de junho de 2003. Como o recurso foi apresentado em 27 desse mês, há de ser considerado tempestivo.

Por isso, apenas a efetiva existência do AR, com data de recebimento anterior a 26 de maio é que tornaria o recurso intempestivo. Laborando a presunção contra aquele que a ela deu causa, no caso a Derat-Rio, somente a ela cabe a prova contrária, já por ela admitida como impossível.

Começemos pelas alegações de nulidade do auto de infração.

A primeira diz respeito ao vencimento do prazo concedido no MPF original para que a fiscalização fosse concluída. Quando isso ocorre, a Portaria SRF 3.007, que o disciplina, determina a substituição do Auditor Fiscal que conduz os trabalhos. Isto não foi observado,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17, 1, 09, 02
Maria Luzinete Novais
Mat. Sing. 91641

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

tendo sido meramente emitido novo Mandado em nome do mesmo auditor. O que se tem de definir é se isso torna-o incompetente para a lavratura do auto de infração como defende a recorrente.

Entendo que não. E nisso sigo as abalizadas ponderações do Dr. Jorge Olmiro Lock Freire, ilustre integrante desta Casa, acerca da natureza jurídica do MPF e suas implicações sobre a nulidade de ações fiscais, que, a seguir, renovando a vênua, transcrevo:

Aponta a defendente a nulidade do auto de infração por afronta às normas administrativas relativas ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), mais especificamente por estar ele com seu prazo de validade vencido quando da lavratura do auto de infração.

Sobre o tema, já me manifestei longamente no Acórdão 201-76.170, votado à unanimidade nas Sessões de setembro de 2002 pela 1ª Câmara deste Conselho, cujos excertos a seguir transcrevo.

... o órgão administrativo Secretaria da Receita Federal decorre do que se chama em direito administrativo de desconcentração das competências estatais. O Estado, no intuito de melhor desempenhar suas funções, cria um órgão, sem personalidade própria, seu longa manus, e lhe confere um feixe de competências. No caso da SRF, administrar, fiscalizar e arrecadar tributos e contribuições de competência da União. Assim, no quadro da legalidade, cria-se um órgão e, normalmente, um quadro de carreira para abrigar seus funcionários, aos quais a lei determinará os limites de suas competências, que decorrerão daquelas do órgão ao qual vinculam-se.

E dentre as atribuições dos Auditores da Receita Federal, em caráter privativo, a norma legal lhes confere, a teor do disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, o poder-dever de "constituir, mediante lançamento, o crédito tributário"¹. E o procedimento de fiscalização², constituição e cobrança dos créditos tributários administrados pela SRF está no Decreto 70.235/72, que, sabemos todos, regula o processo administrativo fiscal em relação aos tributos administrados pela Receita Federal, e, estreme de dúvidas, é lei ordinária no sentido material.

Sem embargo, temos de um lado uma lei que regula o procedimento fiscal e o processo administrativo fiscal³, e, de outro, atos infralegais que regulam, administrativamente, a forma que o agente fiscal deve agir, criando meios internos de controle e acompanhamento das ações fiscais. Não vejo entre elas qualquer antinomia. Ao contrário, ambas visam resguardar os interesses da Fazenda Nacional e a legalidade da relação jurídica tributária. Assim, regulamentando o art. 196 do CTN, que se refere à administração tributária, mais especificamente sua ação fiscalizadora, criou-se o Mandado de Procedimento Fiscal, que designa determinado auditor para iniciar os procedimentos fiscais em relação a contribuinte específico, o qual, por sua vez, disporá de meio para aferir na INTERNET a veracidade e legalidade do ato que o intimou do início da fiscalização.

...

¹ Art. 6º, da MP 2.175-29, de 24/08/2001.

² O Decreto 3.724, de 10/01/2001, em seu art. 2º, § 1º, reporta-se ao art. 7º e seguintes do Decreto 70.235/72, como procedimento fiscal.

³ Assim entendido aquele que decorre do início do litígio administrativo fiscal por ocasião da impugnação, tendo por fim a solução do conflito nascido da pretensão resistida do sujeito passivo à cobrança feita pelo Fisco em lançamento. O Decreto 70.235/72 tem normas que regulam tanto o procedimento quanto o processo administrativo federal em relação aos tributos administrados pela Receita Federal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 18471.002692/2002-10
Recurso n^o : 137.417
Acórdão n^o : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17 / 09 / 07
 Maria Luzimar Novais Mat. Suge 91641

2 ^a CC-MF Fl. _____

A normatização administrativa que regulamenta o MPF tem como função, como a própria Portaria SRF 3.007, de 26/11/2001, menciona, o disciplinamento administrativo da execução dos procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF. Portanto, seu âmbito é administrativo, no intuito da administração tributária planejar suas ações de fiscalização de acordo com parâmetros que estabeleça gerencialmente. E, nesse mister, não vejo qualquer mácula para que a Administração regulamente o procedimento fiscal. Legítimo, então, que ela estabeleça a forma como se dará o "ato de ofício" a que alude o art. 7º, I, do já aduzido Decreto.

De tal regulamentação decorre que ao AFRF não é dado escolher, ao seu alvedrio, com juízo próprio de oportunidade e conveniência, qual sujeito passivo, em que período, e a extensão em que se dará o procedimento fiscal. Sem dúvida, a Administração tributária pode normatizar sobre critérios fiscalizatórios que entenda convenientes em busca do atingimento das diretrizes traçadas. E o AFRF assim deve agir, sob o pálio do princípio administrativo da subordinação hierárquica.

Mas, com efeito, não defluiu da leitura da Portaria SRF 1.265/99 e, presentemente, da Portaria SRF 3.007, que a indicação do AFRF através de MPF interfira em sua competência para praticar o ato de lançamento. Dessarte, não intimado o sujeito passivo da revogação expressa do anterior MPF – ou mesmo, como no caso versado, em que não haja MPF específico para a fiscalização de outro tributo que o Fisco venha a constatar no curso da mesma fiscalização que não foi declarado nem recolhido – o lançamento decorrente de procedimento fiscal iniciado através de MPF não pode ser fulminado de nulidade tendo como pressuposto qualquer outro descumprimento formal estabelecido em ato normativo administrativo. Demais disso, o 70.235/72 não estabeleceu tal hipótese a ensejar a nulidade do lançamento. Aliás, nem as Portarias administrativas o fizeram.

Do exposto, resta explicitado meu entendimento de que não há como anular um lançamento pelo fato do descumprimento de requisitos estatuídos em norma administrativa, mormente versando exclusivamente quanto a quesitos procedimentais não especificados no rito do Decreto 70.235/72. Também não identifique na circunstância sob análise a existência de um interesse público concreto e específico que justifique a eliminação do ato administrativo de lançamento, e, de igual sorte, em nenhum momento restou evidenciada qualquer mácula às garantias do administrado-recorrente.

O vencimento do prazo do MPF não pode fulminar o lançamento, eis que, a meu sentir, ele não é requisito de validade para a confecção deste. A falta deste lançamento sim, acarretaria infração ao artigo 142 do CTN, com conseqüências civil e, eventualmente, penal para o agente fiscal que estivesse operando a fiscalização.

Se o crédito tributário, que a administração tributária tem por incumbência legal administrar e fazê-lo ingressar ao erário, pudesse sucumbir por algum vício formal em relação ao MPF, haveria um desvirtuamento da finalidade da própria existência do Fisco, o que me parece surreal.

Sem embargo, só a lei em sentido estrito poderá determinar a nulidade do lançamento em função do descumprimento de normas relativas à emissão e regulamentação de mandados de procedimento fiscal. Com efeito, o Decreto 70.235/72, que trata do procedimento e do processo administrativo tributário, não determina que tais vícios maculem a exigência fiscal a tal ponto de fulminá-la de morte. Sequer prevê a existência do MPF. Por tal, com a devida vênia, divirjo do entendimento dos



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>17</u> / <u>09</u> / <u>07</u> <i>Shon</i> Maria Luzinjar Novais Mat. Sijaf 91641

2ª CC-MF
Fl.

professores Roque Carazza e Eduardo Bottallo⁴, que embasam seu trabalho em norma meramente administrativa, indo de encontro a seus históricos de defesa da legalidade restrita.

Como nos ensinam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari⁵,

A forma constitui, inequivocamente, um elemento de grande relevância no ato administrativo. Mas esse relevo adquire especial significação no processo, inclusive no administrativo, eis que aqui ela assume, inclusive, as finalidades de assegurar a celeridade, a razoabilidade, a igualdade e a eficiência na atuação processual. Só que de braços dados com esse relevo vai também o conceito de instrumentalidade das formas. Isso é, se bem que a forma compareça aqui, segundo visto acima, como garantia de realização efetiva de supremos princípios, ela, por isso mesmo, não é um fim em si.

...

Dessa sorte, na análise que faça de um caso concreto de inobservância da forma há que se valer o agente decisório de toda uma pauta informativa...que lhe há de dizer se deve, então, prevalecer ou não a obediência ao rito. (grifei)

Assim, entendo, com o preclaro colega, que a competência ou incompetência da autoridade fiscal decorre exclusivamente da Lei e é inafastável dado o comando expresso do CTN, art. 142.

Destarte, embora tenha se consumado uma infração administrativa da parte de quem emitiu o segundo MPF em nome do mesmo fiscal, o certo é que este, tomando conhecimento dos fatos ensejadores de lançamento, jamais poderia deixar de fazê-lo. Não há aí qualquer incompetência pois ela não é conferida pelo MPF.

Afasto, assim, a primeira alegação de nulidade.

A segunda não é melhor. É praxe nas autuações decorrentes do chamado procedimento fiscal de "obrigações acessórias" a empresa se defender alegando desconhecer a "origem das diferenças". Ora, se alguém o sabe, com certeza, é a defendente.

Isto porque, aí se busca tão-somente, e como matéria complementar às verificações propriamente fiscais, elucidar se aquilo que a empresa já espontaneamente confessou confere com o que consta em sua contabilidade. Não se busca confirmar se a contabilidade espelha adequadamente os fatos praticados; por exemplo, se há receitas omitidas. O que se quer é saber se o contribuinte compôs adequadamente a base de cálculo da contribuição, incluindo nela todos os valores determinados pela legislação, quando apurou o montante devido indicado na DCTF.

Para tanto, a fiscalização elabora, com base nos registros contábeis e fiscais da empresa aquela que entende ser a base de cálculo correta levando em conta o que dispõe a legislação. Este é o primeiro ponto que deve estar adequadamente demonstrado nos autos. Aqui o está.

⁴ In MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL E ESPONTANEIDADE, Revista Dialética de Direito Tributário n° 80, p. 96/104.

⁵ In PROCESSO ADMINISTRATIVO, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 196/198.

8



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17 / 02 / 07
Maria Cruz e Silva Novais
Mat. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl.

Com efeito, os valores que compuseram a base de cálculo achada correta pela fiscalização foram informados pela própria empresa. Ora, como não os conhece?

Composta a base entendida como correta e comparados os valores assim encontrados da contribuição com aqueles declarados pela empresa, autuam-se as diferenças. O que não pode a fiscalização demonstrar neste tipo de autuação é qual a origem dessas diferenças. Isto porque não sabe qual foi a composição efetivamente adotada pela empresa. Ela pode ter suprimido alguma conta, pode ter informado os valores de cada conta a menos etc.

Mas tampouco precisa. É que de posse dos levantamentos feitos pela fiscalização basta a ela demonstrar que os valores não conferem com os que estão em sua contabilidade ou que alguma das rubricas consideradas pela fiscalização não o deveria ser e o porquê.

Foi o que fez quando enfrentou o mérito. Desse modo, não vejo qualquer cerceamento ao seu direito de defesa e repilo também essa alegação de nulidade.

Passando ao mérito, há-de se repetir as já vetustas considerações acerca da renúncia à esfera administrativa em virtude da apresentação da mesma matéria ao deslinde do Poder Judiciário. Sendo matéria há muito pacificada, peço licença para apenas repetir aqui, as bem fundadas razões apresentadas pela Dra. Nayra Manatta, quando ainda integrando a primeira Câmara deste Conselho.

Existindo ação judicial tratando da matéria ora em litígio é de se concluir pela concomitância entre as ações administrativas e judiciais.

Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 18471.002692/2002-10
Recurso n^o : 137.417
Acórdão n^o : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 17/09/07 Maria Luzimar Novais Mat. São 91641
--

2 ^a CC-MF Fl. _____

superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer às 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 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 do original).

Cabe ainda citar o Parecer PGFN n.º 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

"29. Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18.091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente arguição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.

30. Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto n. 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional –, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.

31. No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 18471.002692/2002-10
Recurso n^o : 137.417
Acórdão n^o : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. <u>17 / 09 / 02</u>
 Maria Luíza Par Novais Mat. N.º 91641

2 ^o CC-MF Fl. _____

administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.

32. *Naquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.*

33. *Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do judicium, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.*

34. *Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto n. 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso. "*

Dessa forma, uma vez que o presente litígio versa sobre a matéria que está em discussão na esfera judicial, que tem a competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, não se deve conhecer da matéria objeto de ação judicial interposta pela contribuinte, como bem decidiu a instância a quo. r mais uma vez a pretendida competência das autoridades administrativas à definição de matérias que envolvem a constitucionalidade de atos legais

No caso em tela, reconhece a empresa ter formulado diante do Poder Judiciário a discussão acerca das alterações promovidas na base de cálculo da contribuição pela Lei n^o 9.718/98. Lá estando, correto o posicionamento da DRJ em não conhecer da matéria pelo que há de ser negado provimento quanto a isso.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17 / 09 / 02
Maria Luíza de Novais
Mat. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl.

Com respeito à incidência dos juros de mora calculados com base na taxa Selic não traz a empresa nenhuma tese nova, cabendo tão-somente repetir as já vetustas considerações sobre ela empreendidas, na exata linha adotada pela DRJ. Ou seja, são tais juros aplicados aos débitos tributários em atraso por expressa disposição de lei, regularmente citada no lançamento.

Os julgadores administrativos não têm a faculdade de afastar a aplicação de norma legal regularmente editada e em vigor. No caso dos Conselhos de Contribuintes, trata-se hoje de norma regimental (art. 22A).

Por isso, apesar da veemência com que defende o seu intento, não posso afastar a aplicação do artigo legal que manda computá-los, ainda que a sua alegação de inconstitucionalidade venha disfarçada sob o eufemismo de "ilegitimidade". O que se busca no julgamento administrativo é verificar a subsunção do lançamento tributário ao ordenamento positivo no momento de sua confecção. A "ilegitimidade" do ato exator há de ser buscada no Poder competente, que é o Judiciário.

Ou seja, ainda que este julgador administrativo a considerasse inconstitucional ou nela visse algum conflito com a norma do CTN não poderia afastar a sua aplicação até que o Judiciário assim se pronunciasse. No entanto, e mesmo que apenas *en passant*, deixou registrada a minha convicção de que não há, de fato, qualquer incompatibilidade ou inconstitucionalidade.

Com efeito, a norma do CTN expressamente abre brecha à fixação de outro percentual, desde que a sua fixação se dê por lei. Não há no nosso ordenamento exigência de que o seu cálculo seja feito por lei nem muito menos que a taxa seja constante. A Lei deve dizer qual é a taxa aplicada. Disse-o.

Quanto à suposta caracterização de limite máximo dos juros, atribuída ao art. 161 do CTN, não passa de interpretação de alguns doutrinadores, não encontrando respaldo expresso em qualquer norma legal. Como já se disse, o CTN fala apenas que a lei pode fixar outra taxa; outra pode ser qualquer uma, tanto maior como menor.

Sobre a "incompatibilidade por conflito hierárquico", peço vênias ao Dr. Henrique Pinheiro Torres para transcrever considerações suas em voto que versava sobre a suposta inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91 por conflito com o CTN e que se aplica aqui perfeitamente:

Primeiramente, é preciso ter presente, no confronto entre leis complementares e leis ordinárias, qual a matéria a que se está examinando. Lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao quórum qualificado pela maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional.

Não raros são argumentos de que as leis complementares desfrutam de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do artigo 59, CF/88, situando-se logo após as Emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o artigo 69 da Carta Magna. Nada mais falso, pois não existe hierarquia alguma entre lei complementar e lei ordinária, o que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas, como ensina Michel Temer⁶:

⁶ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 1993, p. 140 e 142.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002692/2002-10
Recurso nº : 137.417
Acórdão nº : 204-02.516

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 17 / 07 / 07 Maria Luzimar Novais Mat. Sige 91641

2º CC-MF Fl. _____

'Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior.

(...)

Não há hierarquia alguma entre lei complementar e lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas.'

Em resumo, não é o fato de a lei complementar estar sujeita a um rito legislativo mais rígido que lhe dará a precedência sobre uma lei ordinária, mas sim a matéria nela contida, constitucionalmente reservada àquele ente legislativo.

Em segundo lugar, convém não perder de vista a seguinte disposição constitucional: o legislador complementar apenas está autorizado a laborar em termos de normas-gerais. Nesse mister, e somente enquanto estiver tratando de normas gerais, o produto legislado terá a hierarquia de lei complementar. Nada impede, e os exemplos são inúmeros neste sentido, que o legislador complementar, por economia legislativa, saia desta moldura e desça ao detalhe, estabelecendo também normas específicas. Neste momento, o legislador, que atuava no altiplano da lei complementar e, portanto, ocupava-se de normas gerais, desceu ao nível do legislador ordinário e o produto disso resultante terá apenas força de lei ordinária, dado que a Constituição Federal apenas lhe deu competência para produzir lei complementar enquanto adstrito às normas gerais.

Acerca desta questão, veja-se excerto do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

'A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 - e a constituição atual não alterou esse sistema - se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.' (STF, Pleno, ADC 1-DF, Rei. Min. Moreira Alves)

Por fim, sempre é bom lembrar que os juros moratórios visam a compensar o credor pelos custos advindos da mora por parte do devedor. O seu caráter moratório ou remuneratório não é uma peculiaridade de sua natureza, isto é, não existem, de um lado juros moratórios e de outro juros remuneratórios. Eles assim o são tão só pela aplicação que recebem. Quanto à sua natureza íntima apenas se pode falar em juros pré-fixados e juros pós-fixados, sendo claro que a Selic se enquadra na primeira condição. Isto em nada impede a sua utilização como juros de mora.

Além disso, a Taxa Selic nada mais é do que o piso remuneratório das obrigações da Dívida Pública Federal. Sendo assim, é antes de tudo uma questão de Justiça, com base na Isonomia, que a União receba de seus devedores pelo menos aquilo que paga aos seus credores, no mais das vezes, aliás, as mesmas pessoas.

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso interposto.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2007.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS