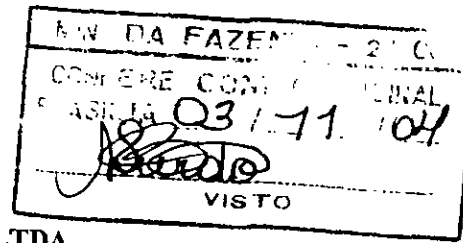




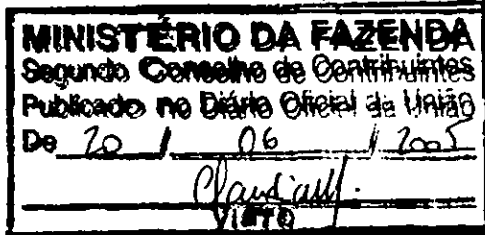
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719



Recorrente : RIO DE JANEIRO REFRESCOS LTDA.
Recorrida : DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ



NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA COM A VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Se a própria recorrente escolheu trilhar o caminho do processo judicial, não cumulável simultaneamente com o administrativo, adiantando-se a qualquer ação fiscal, seja propondo ação declaratória, anulatória, mandado de segurança, etc., e tiver assegurada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial, resta à Fazenda Pública, unicamente, preservar o crédito tributário, cumprindo o disposto no artigo 142 do CTN, que lhe atribui competência privativa para efetuar o lançamento, posto que obrigação tributária não constituída não é passível de vir a ser exigível.

NULIDADE. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. Não constitui arbitrariedade o ato administrativo do lançamento de ofício, efetuado nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96. **Preliminar rejeitada.**

COFINS. JUROS DE MORA. somente o depósito do montante integral, nos termos do inciso II do artigo 151 do CTN, tem o condão de afastar a sua aplicação.

TAXA SELIC. ILEGALIDADE. As alegações de ilegalidade que visem afastar a aplicação de norma inserta no ordenamento jurídico, não são oponíveis na esfera administrativa.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **RIO DE JANEIRO REFRESCOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004

Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

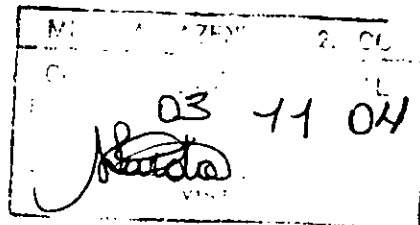
Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins, Rodrigo Bernardes Raimundo de Carvalho (Suplente), Emanuel Carlos Dantas de Assis, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Cesar Piantavigna.

Eaal/Imp



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719

Recorrente : RIO DE JANEIRO REFRESCOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, referente à constituição de crédito tributário por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de janeiro de 1999 a junho de 2002, no valor total de R\$6.695.859,24, cuja ciência se deu em 05/12/2002.

Por bem descrever os fatos, reproduzo abaixo parte do relatório da decisão *a quo*:

"2. Embasando o feito fiscal (fl. 59), consignou o autuante ter constatado, à vista dos assentamentos contábeis e das declarações da contribuinte, que a mesma não declarou nem recolheu a contribuição incidente sobre "outras receitas", no período alcançado pela autuação, contrariando o disposto na Lei nº 9.718/98.

3. Consignou ainda (fl. 57) que o crédito tributário constituído encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida nos autos do processo nº 9900088786, da 23ª Vara Federal (art. 151, incisos II e IV do CTN).

4. Inconformada com o lançamento apresentou a interessada a impugnação de fls. 158/178, instruída com os documentos de fls. 179/207, onde alega, em síntese, que:

4.1. Procedeu ao recolhimento da contribuição de acordo com a sistemática estabelecida pela LC nº 70/91, em razão da ilegitimidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, direito este assegurado por medida liminar e, posteriormente, por sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0008878-6, impetrado perante a 23ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro;

4.2. É seu direito portanto efetuar o recolhimento da contribuição utilizando como base de cálculo o faturamento;

4.3. Atualmente, aguarda-se apreciação, por parte do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, do Recurso de Apelação interposto pela União Federal, recebido somente no efeito devolutivo, e do Recurso de Apelação interposto pela Impugnante, versando ambos apenas e tão somente sobre a majoração da alíquota da contribuição (art. 8º da Lei nº 9.718/98).

4.4. Referida sentença foi proferida determinando o MM. Juízo à autoridade coatora "que se abstenha de exigir da impetrante a Cofins e o PIS, com base na Lei nº 9.718/98", pelo que configura-se, o lançamento, ato contrário à determinação judicial.

5. Aduz ainda a contribuinte, em extenso arrazoado, a ilegalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/98, que teria, por escopo, ampliar a base de cálculo da contribuição, em afronta ao art. 195 da CF, e ao art. 110 do CTN.



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719

03.11.04
Visto

6. *Afirma que a referida lei precedeu a publicação da EC nº 20/98, que não poderia assim servir-lhe de suporte constitucional, referindo ainda a inconstitucionalidade desta última em razão de vício no processo legislativo do qual resultou sua aprovação.*

7. *Afirma também que a teor daquela emenda, a contribuição só poderia ser instituída por lei complementar, em virtude do disposto no art. 195, § 4º, e no art. 154, inc. I da Constituição Federal.*

8. *Alega por fim a contribuinte que a aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios constitui afronta aos artigos 5º; 48, inc. I; e 150, inc. I, da Constituição Federal e ao art. 161 do CTN, uma vez que a Lei nº 9.065/95 não instituiu a taxa Selic, tendo somente determinado sua aplicação.*

9. *Transcreve exertos doutrinários e jurisprudenciais que entende corroborarem seu entendimento acerca da matéria.*

Apreciando as razões postas na impugnação, o Colegiado de primeira instância proferiu decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

Ementa: As alegações de inconstitucionalidade que visem afastar a aplicação de norma inserta no ordenamento jurídico, não são oponíveis na esfera administrativa.

O lançamento de crédito tributário com a exigibilidade suspensa, destina-se a prevenir a decadência do direito da Fazenda Pública.

Lançamento Procedente

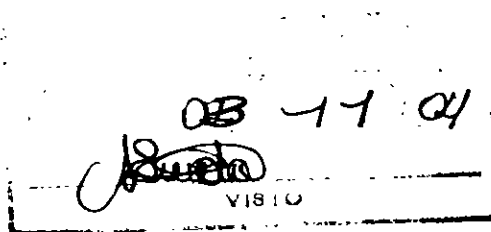
Intimada a conhecer da decisão em 09/06/2003, a empresa insurreta contra seus termos, apresentou, em 08/07/2003, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com as seguintes razões de dissentir:

- a) a parte dispositiva da sentença judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0008878-6, pelo Juiz da 23ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que permanece produzindo efeitos, determinou à autoridade coatora que se abstivesse de exigir da recorrente a COFINS e o PIS com base na Lei nº 9.718/98;
- b) em preliminar, alega que a fiscalização contrariou os termos da sentença judicial e arbitrariamente efetuou o lançamento;
- c) defende que a existência de discussão judicial não implica em renúncia do processo administrativo, amparado, também, pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como em razão da independência das duas esferas de julgamento – a administrativa e a judiciária;
- d) vale-se de precedentes administrativos e judiciais para reforçar o entendimento da possibilidade de se obter soluções diferentes em ambos os processos, embora prevaleça a decisão judicial. Se a via administrativa acatar os argumentos de defesa, torna despicienda a via judicial. Se não, ficará a solução final a cargo do poder judiciário;

e



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719



- e) conclui que a posição inferior do sujeito passivo perante o Fisco impõe o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório no contexto do processo administrativo, com vistas a agregar legitimidade à exigência do crédito tributário constituído;
- f) afirma que a prevalecer o entendimento esposado na decisão *a quo* estará ocorrendo benefício de uma das partes, na medida em que o auto de infração foi lavrado, mesmo que com a exigibilidade suspensa, não obstante a decisão judicial favorável à sua tese, impondo-lhe o ônus de apresentar impugnação no prazo legal;
- g) havendo a decisão recorrida considerado o crédito tributário como definitivamente constituído, a inexistência de sua reforma caracterizará típico cerceamento do direito de defesa;
- h) adentra na análise da ilegalidade e inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Defende que a edição da referida Lei em momento anterior à Emenda Constitucional nº 20, que ampliou a base de cálculo das contribuições regidas pelo art. 195 da Constituição Federal. A regra constitucional vigente à época da edição da Lei nº 9.718/98 não autorizava o alargamento efetuado na referida base de cálculo. Daí sua ilegalidade e inconstitucionalidade. Reporta-se ao art. 110 do Código Tributário Nacional para arrimar a tese da impossibilidade de alteração da definição, do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, uma vez que o conceito de faturamento é previsto no Direito Comercial;
- i) a definição de base de cálculo da COFINS para o período lançado é a constante do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, ou seja, o faturamento considerado como sendo a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Tal conceito apropria-se exclusivamente dos atos essencialmente mercantis praticados para estabelecer a base de cálculo da exação;
- j) o art. 195, I, da Constituição Federal de 1988 limitou a competência da União para instituir contribuições sociais exclusivamente ao faturamento. Instituto que não pode ter alterado sua definição e alcance;
- k) reporta-se à inobservância do devido processo legislativo para destacar o vício de que padece a Emenda Constitucional nº 20/98, bem como argumenta com a necessidade de edição de lei complementar para alterar a base de cálculo estabelecida na Lei Complementar nº 70/91 em respeito ao princípio da hierarquia das leis;
- l) sustenta a possibilidade de os órgãos administrativos declararem a ilegitimidade de lançamento fiscal em decorrência de violação à Constituição Federal e da ilegitimidade da taxa SELIC no cômputo dos juros moratórios;
- m) reporta-se à doutrina e a precedente do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo - TIT para sustentar a competência da Administração para anular um ato administrativo quando houvesse violação à disposição de lei e, por decorrência, pode também o Poder Executivo anular os seus atos pela ilegalidade maior da inconstitucionalidade;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

03 11 04
Alcides

Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719

- n) reproduzindo julgado da Primeira Turma da CSRF do Ministério da Fazenda, defende que a incidência da taxa SELIC pode e deve ser analisada por esta Câmara, considerando a violação que representa em face da Constituição Federal; e
- o) questiona a utilização da taxa SELIC como juros moratórios sob a alegação de que não foi instituída por lei, quer ordinária, quer complementar, mas teve somente a sua aplicação determinada por lei. Recorre a julgado do Superior Tribunal de Justiça reforçando a tese da inaplicabilidade da referida taxa por desrespeito a diversas normas, que cita, que regulam o sistema tributário brasileiro.

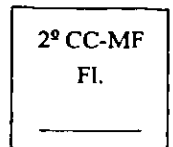
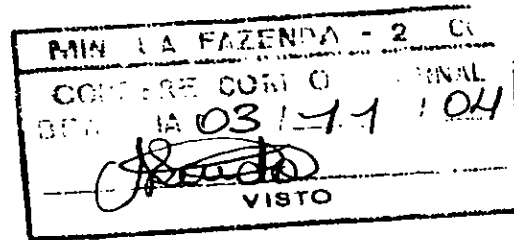
Ao fim, requer, sucessivamente, a anulação do auto de infração; a improcedência do auto de infração; a redução do montante exigido e o direito à sustentação oral, com intimação prévia dos seus representantes legais, que identifica.

Consta à fl. 260 a Relação de Bens e Direitos para Arrolamento.

É o relatório.



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

Em que pese a brilhante e detalhada defesa apresentada, entendo não comportar acatamento de nenhum dos pedidos formulados, pelas razões a seguir aduzidas.

Em longo arazoado pretende a recorrente que esta Câmara afaste a aplicação ao caso concreto constante dos presentes autos de normas regularmente editadas e inseridas no ordenamento jurídico pátrio em razão de entender se encontrarem dissonantes da ordem jurídica maior representada pela Constituição Federal. Alega não se tratar de declarar a norma ilegal ou inconstitucional, mas tão-somente que seja interpretada e aplicada à luz da Constituição Federal.

Na lição do professor José Alfredo Baracho¹. "A jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é a causa final e específica da atividade do judiciário."

E mais:

A Jurisdição Constitucional é tomada, assim, no sentido de atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade.

No direito tributário, ressalte-se a sua tipicidade estrita, à semelhança do direito penal, isto é, somente poderá ser exigido, facultado ou proibido o que for positivado na norma, ou permitido aquilo em que ela for silente (não juridicizar) no contexto da tributação.

O princípio da legalidade é o que melhor traduz o Estado Democrático de Direito, na medida em que afiança os direitos fundamentais contra o arbítrio ou a livre discricionariedade dos governantes sobre a vida, a liberdade e o patrimônio dos indivíduos e da sociedade.

Professa o mestre Diógenes Gasparini²:

O princípio da legalidade, resumido na proposição 'suporta a lei que fizeste', significa estar a administração pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

Um fundamental princípio deduzido do princípio da legalidade é o princípio da reserva legal.

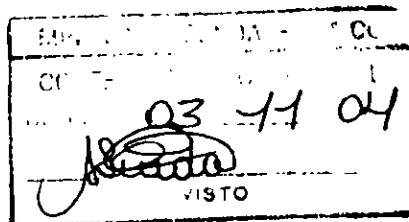
É um princípio cuja importância tem especial destaque e aplicação nos sub-ramos do Direito Penal e no Direito Tributário. Neles o princípio da reserva legal torna-se estrito e não sopesável em razão da sua principal característica: a tipicidade.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 75.

² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719



2º CC-MF
Fl.

Ressaltando a importância desse princípio no Direito Tributário, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 111, determina a interpretação literal da norma tributária em situações que especifica, dentre elas, aquela que resulte em exclusão de crédito tributário.

A exigência de que a fração a ser atingida pela regra jurídica seja antecipadamente decotada da realidade é que permite a incidência de outro princípio intimamente ligado ao da reserva legal: o princípio da segurança jurídica. Ou seja, a certeza de que a investida do Estado sobre os direitos individuais, representados pela liberdade e o patrimônio, estão contidos nos limites do tipo, do modelo desenhado na regra jurídica posta. Via de regra, constitui-se em ato administrativo vinculado naquilo que diz respeito à iniciativa e ação do Estado.

Em particular, o direito tributário constitui-se na forma de avanço do Estado sobre o patrimônio do particular com vistas à formação do grande fundo condominial preservador da soberania estatal frente aos outros e, principalmente, gerador das variadas possibilidades de persecução do bem coletivo e da paz social.

Segundo ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho³, como está na Constituição de 1988, “o princípio da legalidade da tributação exige lei em sentido formal (instrumento normativo proveniente do Poder Legislativo) e material (norma jurídica geral e impessoal, abstrata e obrigatória, clara, precisa, suficiente).”

E continua⁴:

A legalidade da tributação, dizia Pontes de Miranda, significa o povo se tributando a si próprio. Traduz-se como o povo autorizando a tributação através dos seus representantes eleitos para fazer leis, ficando o príncipe, o chefe do Poder Executivo – que cobra os tributos – a depender do Parlamento.

Maria de Fátima Ribeiro⁵ pinçou com felicidade o pensamento do mestre Aliomar Baleeiro que destacou, no mesmo sentido, “que o tributo é ato de soberania do Estado na medida em que sua cobrança é autorizada pelo povo, através da representação.”

Afirmou, também, o mestre⁶: “As constituições, desde a independência americana, e a revolução francesa, o trazem expresso, firmando a regra secular de que o tributo só se pode decretar em lei, como ato da competência privativa dos parlamentos”.

Sacha Calmon Navarro Coelho⁷, aduz que:

O princípio vige e vale em todo o território nacional subordinando os legisladores das três ordens de governo da Federação. Nenhum tributo (gênero), tirante as exceções expressas, pode ser instituído (criado) ou alterado (majorado ou minorado após criado) sem lei. Há princípio da legalidade na instituição e na majoração dos tributos, como especialmente dita a Constituição.

Prosseguindo, afirma:

³ COELHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 202.

⁴ COELHO. *Op. Cit.* p. 202.

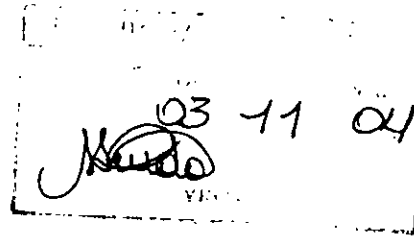
⁵ RIBEIRO. Maria de Fátima. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, Coordenação de Carlos Valder Nascimento, São Paulo: Forense. p. 198.

⁶ BALEEIRO. Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Forense. p. 79

⁷ COELHO. *Op. Cit.* p. 202.



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719



Como é sabido, a Constituição não cria tributos senão que dá competência às pessoas políticas para instituí-los e altera-los. Destarte, o princípio da legalidade tem como destinatários os poderes legislativos da União, dos Estados-Membros, incluído o Distrito Federal, e dos Municípios. Só se tributa e altera tributo por lei. Nullum tributum, nulla poena sine lege.

Paulo de Barros Carvalho⁸, por sua vez ministra que

A lei ordinária é, inegavelmente, o item do processo legislativo mais apto a veicular preceitos relativos à regra-matriz dos tributos, assim no plano federal que no estadual e no municipal. E estabelecer que um tributo equivale à descrição de um fato, declarando os critérios necessários e suficientes para o seu reconhecimento no nível da realidade objetiva, além de prescrever o comportamento obrigatório de um sujeito em face de outro sujeito, compondo o esquema de uma relação jurídica. Diríamos, em linguagem técnica, que criar um tributo corresponde a enunciar os critérios da hipótese – material, espacial e temporal – sobre determinar os critérios da consequência – subjetivo (sujeito ativo e passivo da relação) e quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Assinale-se que à lei instituidora é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra-matriz da exação...

Valendo-me da doutrina citada, entendo que não compete a órgão julgador da Administração, a partir de interpretações, decidir a aplicação ou não de determinada norma tributária a fatos para os quais a referida aplicação foi clara e expressamente formulada.

A não aplicação de determinada norma ao caso concreto que lhe corresponde pela via da interpretação à luz da Constituição como quer a recorrente, equivale, exatamente, à declaração de que para aquele fato específico a norma é inconstitucional, já que pela via da interpretação ter-se-á concluído pela sua inaplicabilidade. Mesmo que se discorde dessa premissa, não há como negar que os efeitos, por vias outras, são, decididamente, os mesmos da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

Com maestria, enfrentou a presente questão, o eminente Conselheiro José Antônio Minatel, através do Acórdão nº 108-03.820, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cujas razões de decidir adoto, transcrevendo parte do voto condutor de referido acórdão:

Primeiramente, quero consignar que tenho entendimento firmado no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III "b", da Carta Magna.

O pronunciamento do Conselho de Contribuintes tem sido admitido não para declarar a inexistência de harmonia da norma com o Texto Maior, por lhe faltar esta competência, mas para certificar, em cada caso, se há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a matéria em litígio e, em caso afirmativo, antecipar aquele decisum para o caso concreto sob exame, poupando o Poder

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60.



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719

03 11 04
[Assinatura]

Judiciário de ações repetitivas, com a antecipação da tutela, na esfera administrativa, que viria mais tarde a ser reconhecida na atividade jurisdicional".

Portanto, enquanto não pacificada no judiciário a interpretação quanto à aplicação das normas focadas, impotente resta o julgador administrativo por lhe faltar os meios legais de fazê-lo, destacadamente, falta-lhe o poder jurisdicional.

Nesse mesmo sentido, ratificando o entendimento até aqui defendido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal argüição.

5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI).

A legislação aplicável ao lançamento efetuado de ofício e resistida pela recorrente encontra-se fincada no ordenamento jurídico pátrio e por esta razão deve ser aplicada pelos agentes administrativos competentes.

A sentença proferida pelo Juiz da 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro – RJ encontra-se com sua eficácia plenamente preservada. A lavratura do Auto de Infração se deu em cumprimento a legislação específica que assim o determina.

De fato, o artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 comanda:

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições

[Assinatura]



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719

03 71 04
Acórdão

de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

A não lavratura do referido auto de infração, ou o seu cancelamento, como quer a recorrente, implicaria em potencial risco para o cumprimento da legislação tributária, na medida em que se o lançamento, sendo privativo da autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN, não for efetuado no prazo de homologação, previsto no § 4º do artigo 150 do mesmo diploma legal, poderá resultar na decadência do direito de a Fazenda Pública vir a fazê-lo quando da solução final da lide no Poder Judiciário, se esta lhe for favorável.

A matéria é muito controvertida. Entretanto, no meu entendimento, acertadamente a autoridade *a quo* afastou a apreciação das normas de suporte do enquadramento legal do ato administrativo do lançamento na esfera administrativa, seja pela via da interpretação, seja pela via da admissibilidade da inconstitucionalidade.

O dever de observar a compatibilidade das leis aos preceitos constitucionais que se lhes aplicam é, antes de tudo, do legislador. A prática do ato ou procedimento, pelo agente da Administração, é sempre espedada em norma cujo processo legislativo se desenvolveu consoante a determinação da Carta Magna, portanto, regularmente editada e, até que se manifeste o Poder Judiciário, goza da presunção de validade e eficácia, sendo defeso ao agente da Administração afrontá-la.

Desse modo, a instância administrativa não é o foro competente para a manifestação sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, "a", e III, "b", ambos do artigo 102 da Constituição Federal, onde estão configuradas as duas vias de controle de constitucionalidade das leis: de exceção e a do controle difuso.

Os efeitos a serem produzidos estão diretamente ligados à via em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Entretanto torna-se despiciendo efetivar a análise doutrinária de tais efeitos, visto não se cuidar, aqui, de refutar ou aceitar o argumento de inconstitucionalidade das normas em tela.

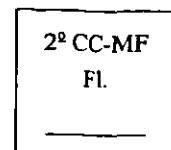
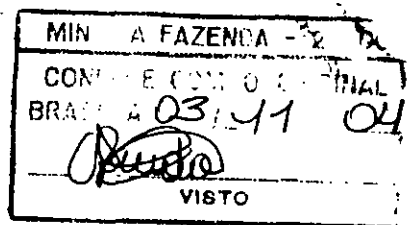
Unicamente, por absoluta incompetência legal, afasta-se, antes mesmo, a mera apreciação do argumento.

À Administração Pública cumpre não praticar qualquer ato baseado em lei declarada inconstitucional pela via de ação, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato acarreta a nulidade *ipso jure* da norma. Quando a declaração se dá pela via de exceção, apenas sujeita a Administração Pública ao caso examinado, salvo após suspensão da executividade pelo Senado Federal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 18471.002756/2002-82
Recurso n^o : 124.162
Acórdão n^o : 203-09.719



Também as decisões expendidas nas sentenças judiciais ou proferidas em sede dos Conselhos de Contribuintes não são passíveis de ser estendidas a fatos ou pessoas que lhes sejam estranhas.

A propósito da controvérsia empreendida pela recorrente, reporto-me a excerto das lições do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. 1, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134):

(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CNT. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Tal fundamentação, torna desnecessária a manifestação, de forma específica, acerca dos pontos tratados quando da alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei e dos atos normativos de regência do lançamento combatido.

O fato de serem as esferas administrativa e judicial independentes entre si em nada modifica o entendimento exposto.

Consoante ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro em Direito Administrativo, 15ª edição, pág. 616, “o direito brasileiro adotou o sistema da **jurisdição una**, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, o poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos de Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.” (grifo do original)

De posicionamento mais restritivo, assevera Alberto Xavier que “O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Ou seja, diferentemente da recorrente, entendo que se a própria recorrente escolheu trilhar o caminho do processo judicial, não cumulável simultaneamente com o administrativo, adiantando-se a qualquer ação fiscal, seja propondo ação declaratória, anulatória, mandado de segurança, etc., e tiver assegurada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, resta à Fazenda Pública, unicamente, preservar o crédito tributário, cumprindo o disposto no artigo 142 do CTN, que lhe atribui competência privativa para efetuar o lançamento, posto que obrigação tributária não constituída não é passível de vir a ser exigível.

Quanto à aplicação de juros de mora sobre o crédito tributário lançado, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em razão de medida liminar em mandado de segurança, tem-se que somente o depósito do montante integral, nos termos do inciso II do artigo 151 do CTN, tem o condão de afastar a sua aplicação.

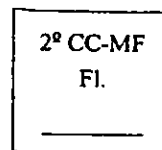
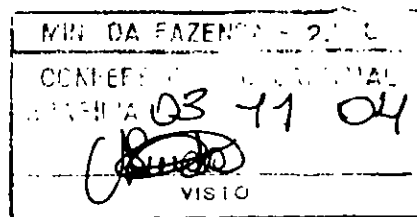
Em razão do disposto no artigo 161 do CTN, devem ser aplicados os juros de mora, ao aduzir que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, *seja qual for o motivo determinante da falta*.

Admitido por força do inciso II do artigo 151 citado que somente o depósito em montante integral do crédito tributário susta a fluência dos juros de mora, correto o lançamento



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719



como efetuado, não comportando retificação à decisão da autoridade *a quo*, uma vez que não compete ao julgador administrativo afastar a aplicação de norma regularmente editada e ainda não afastada do ordenamento jurídico pelo judiciário.

Finalmente, quanto à alegação da imprestabilidade da Taxa SELIC para fins de compor juros moratórios tributários, também essa discussão passa pelo Poder Judiciário.

A Administração Tributária e mais especificamente a Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes mantém o entendimento da legalidade da aplicação da referida taxa, por todas as razões acima expostas.

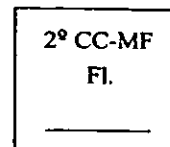
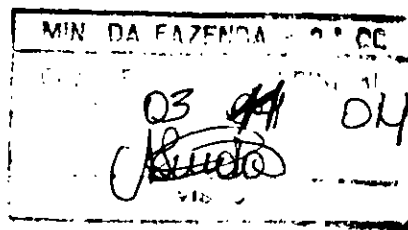
Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso, em parte, em face da opção pela via judicial, e na parte conhecida, rejeitar a preliminar e no mérito negar provimento.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004

MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 18471.002756/2002-82
Recurso nº : 124.162
Acórdão nº : 203-09.719

como efetuado, não comportando retificação à decisão da autoridade *a quo*, uma vez que não compete ao julgador administrativo afastar a aplicação de norma regularmente editada e ainda não afastada do ordenamento jurídico pelo judiciário.

Finalmente, quanto à alegação da imprestabilidade da Taxa SELIC para fins de compor juros moratórios tributários, também essa discussão passa pelo Poder Judiciário.

A Administração Tributária e mais especificamente a Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes mantém o entendimento da legalidade da aplicação da referida taxa, por todas as razões acima expostas.

Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso, em parte, em face da opção pela via judicial, e na parte conhecida, rejeitar a preliminar e no mérito negar provimento.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004


MÁRIA CRISTINA ROZA DA COSTA