



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 02/12/2004
[Assinatura]
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

Recorrente : TELESP CELULAR S/A
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

PIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.

É lícito ao Fisco, visando prevenir a decadência, lavrar auto de infração para constituir crédito tributário cuja exigibilidade encontre-se suspensa por força de liminar em mandado de segurança. O crédito assim constituído deve permanecer com a exigibilidade suspensa enquanto não modificados os efeitos da medida judicial.

JUROS DE MORA.

Decorrem de lei e, por terem natureza compensatória, são devidos em relação ao crédito não integralmente pago no vencimento, seja qual for o motivo determinante da falta de recolhimento no prazo legal.

TAXA SELIC.

A cobrança dos encargos moratórios deve ser feita com base na variação acumulada da SELIC, como determinado por lei.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

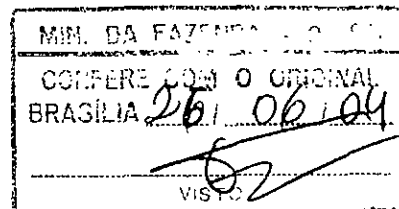
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **TELESP CELULAR S/A.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** O Conselheiro Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski declarou-se impedido de votar. Fez sustentação oral, pela Recorrente, a Dra. Raquel Harumi Iwase.

Sala das Sessões, em 11 de maio de 2004

[Assinatura]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Jorge Freire, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Nayra Bastos Manatta e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

Recorrente : TELESP CELULAR S/A.

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos, transcrevo o relatório apresentado no **Acórdão DRJ/SPOI nº 3.424**, de 28 de maio de 2003, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, fls. 160/170:

“4. Originou-se a presente ação fiscal através dos Mandados de Procedimento Fiscal 08.1.90.00-2002-03968-0 de fls. 01, do Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 03/04, e do Termo de Intimação Fiscal de fl. 05, onde a empresa em epígrafe foi intimada a apresentar os livros e os documentos ali arrolados.

5. Da análise da documentação apresentada, foi lavrado Termo de Constatação e Intimação Fiscal de fls. 06/07, na qual o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos a respeito de divergências encontradas entre as diferenças dos valores declarados como devidos em DCTF's e os pagos, bem como a divergência entre os valores devidos sobre as demais receitas e os valores que declarou como suspensos na DCTF.

6. Do exame levado a efeito na documentação apresentada, foram constatados pelo Agente Fiscal, fatos irregulares, com infringência às normas legais que regem a espécie, descritos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 93 a 96, conforme segue em síntese:

a) O contribuinte impetrou Mandado de Segurança, com pedido de Liminar, em 07.06.99, pleiteando que os valores devidos a título de PIS e COFINS, a partir de 06/99, fossem recolhidos sem as alterações da Lei nº 9.718/98 e também o direito a compensação com valores vincendos das mesmas contribuições, dos valores pagos indevidamente a esse título a partir do período de 02/99, data que passou a vigorar a referida Lei. A liminar foi concedida em 10.06.99, conforme processo nº 1999.61.00.025826-7, da 5ª Vara Civil Federal, tendo sido confirmada por Sentença exarada em 14.03.01 (sujeita a reexame).

b) Através da análise dos valores devidos, pagos e declarados de PIS e as DCTF's dos períodos em exame, jan/99 a dez/01, constatou-se que o contribuinte vem efetuando recolhimentos da contribuição desconsiderando da base de cálculo demais receitas e aplicando a alíquota de 0,65% apenas sobre as receitas de serviços e venda de mercadorias. Considerando os dados apurados pela documentação do contribuinte constatou-se divergências para as quais foram solicitados esclarecimentos ao contribuinte através do Termo de Constatação e Intimação (fls. 06/07). O contribuinte respondeu a intimação esclarecendo as divergências,

MIN. DA FAZENDA
CONFERE COM O
BRASILIA 28 06/04
VISTO



Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

remanescendo, entretanto, valores sobre os quais foi necessário constituir Auto de Infração com exigibilidade suspensa.

c) Para os meses de fevereiro a junho de 1999 o contribuinte não efetuou recolhimentos de PIS sobre as demais receitas, com base na liminar que lhe foi concedida, entretanto não declarou tais valores em DCTF, com exigibilidade suspensa, conforme exigido pela legislação aplicável.

e) Considerando a necessidade de prevenir a decadência do crédito tributário, a falta de declaração em DCTF's de tais valores implica a lavratura de Auto de Infração com Exigibilidade Suspensa, sem imposição de multa de ofício, em decorrência de medida judicial impetrada pelo Contribuinte.

f) Os valores demonstrados no quadro do item (fl. 95) estão calculados pela alíquota de 0,65%, aplicada sobre as demais receitas do contribuinte, que não vendas e serviços, apuradas através de seus balancetes.

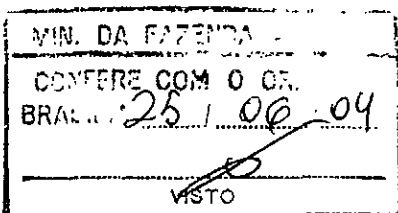
7. Em vista das infrações constatadas, foi lavrado o presente Auto de Infração (fls. 99/100), no valor total de R\$ 320.289,24, incluindo-se tributo e juros de mora, estes calculados até 31.01.2003, para constituir o crédito tributário relativo a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS dos períodos de apuração de fevereiro a junho de 1999, com enquadramento legal exposto as fls. 94, 98 e 100.

8. Regularmente notificada em 28.02.2003, conforme ciência nos próprios autos, a autuada apresentou as impugnações tempestivas de fls. 107 a 127, acompanhada de documentos de fls. 128 a 155, alegando, em suma, o que se segue:

8.1 Estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário em virtude de liminar e sentença (art. 151, IV, do CTN), em data anterior à lavratura do Auto de Infração em tela, bem como em face da sobreposição das decisões judiciais sobre os atos administrativos, imperativo ter-se como ilegal e por consequência inexigível na sua totalidade a exigência em comento.

8.2 Mesmo na remota hipótese de se entender legítima a lavratura do Auto de Infração, tal fato deveria se dar apenas para obstar a decadência do direito do Fisco em constituir o crédito tributário, e com ressalva expressa quanto a suspensão da sua exigibilidade para que aguarde até decisão final do processo judicial (transito em julgado).

8.3 O Auto de Infração restringiu a suspensão à mera caducidade ou cassação desfavorável ao sujeito passivo, conforme descrito no campo





Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

intimação do Auto de Infração de fl. 99. Todavia a suspensão da exigibilidade do crédito tributário obsta qualquer ato de cobrança, inclusive a inscrição na Dívida Ativa, até o trânsito em julgado da medida judicial, e deveria constar expressamente no Auto de Infração.

- 8.4 *Não cabem os acréscimos de juros de mora porque simplesmente não houve mora. No presente caso a impugnante não deixou de cumprir sua obrigação, na medida em que obteve, judicialmente (liminar e sentença), autorização para recolher a contribuição somente sobre as receitas excedentes ao faturamento. Enquanto vigorar a medida judicial suspensiva de exigibilidade do crédito tributário, não há vencimento e, por conseguinte, incabíveis os juros de mora.*
- 8.5 *Alega ainda que os juros não necessitam de autuação (lançamento), pois a própria lei os prevê. A Receita não decairá desse suposto crédito se não o lançar, pois ele é ex lege.*
- 8.6 *A taxa Selic deve ser afastada, pois possui caráter remuneratório, não podendo ser aplicada sobre débitos tributários. Além disso, seu critério de apuração não está previsto em lei, mas sim em ato do Banco Central, em ofensa ao artigo 161, § 1º do CTN e 150, I, da CF/88. Cita julgados da esfera judicial para corroborar seu entendimento.*
- 8.7 *A exigência do PIS sobre as receitas excedentes ao faturamento, nos termos da Lei nº 9.718/98, é inconstitucional e ilegal devido a não observância do conceito de faturamento (art. 195, I, da CF/88 e art. 110 do CTN), da inaplicabilidade da EC nº 20/98, e da ofensa ao princípio da Hierarquia das Leis. Cita julgados da esfera judicial e ensinamentos de renomados doutrinadores para corroborar seu entendimento."*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – SP, manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/SPOI nº 3.424 , de 28 de maio de 2003, assim ementado:

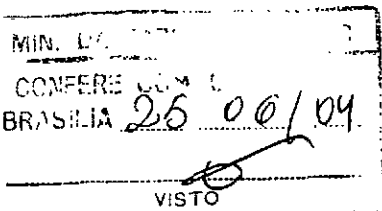
"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/1999

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO

Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, "ex vi legis".

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL SUSPENSIVA. COMPATIBILIDADE. Para que tenha sentido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mencionada no art. 62 do Decreto 70.235/72, faz-se necessária sua prévia constituição. Assim, o provimento





Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário não obsta o lançamento.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

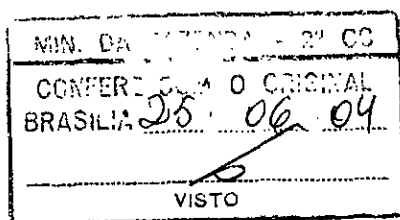
JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Lançamento Procedente”.

Não conformada com a decisão *a quo*, a recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 174/192, repisando a argumentação ofertada na peça impugnatória.

É o relatório.





Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

A teor do relatado, versa o presente processo sobre lançamento de ofício efetuado para constituir o crédito tributário relativo a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS que fora objeto de questionamento judicial, por meio do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.025826-7, cuja liminar e a segurança pretendida pela recorrente foram deferidas pela autoridade judiciária competente. Diante do provimento jurisdicional, o auto de infração foi lavrado já com o crédito tributário suspenso e sem a multa de ofício.

No que pertine ao primeiro ponto abordado no recurso - *da impossibilidade de prosseguimento do processo administrativo e cobrança do débito em face da suspensão da exigibilidade do crédito tributário* - entendo que os argumentos de defesa não merecem prosperar pelas razões seguintes: a uma porque estando o sujeito passivo acobertado por medida judicial que lhe proteja contra a exigência fiscal, não pode o Fisco exigir-lhe o tributo, mas isso não o impede de exercer seu dever de ofício consistente em apurar a ocorrência do fato gerador, em determinar a matéria tributável, em calcular o montante do tributo devido, em identificar o sujeito passivo e, se for o caso, em propor aplicação da penalidade cabível. O tributo apurado ficará com a exigibilidade suspensa até cessar o impedimento judicial. Assim agindo, a autoridade fiscal não viola qualquer provimento jurisdicional que tenha conferido ao contribuinte o direito de não se ver compelido a pagar esse ou aquele tributo.

Merece aqui ser lembrado que o judiciário já apascentou o entendimento de não poder o juiz impedir a autoridade administrativa de proceder ao lançamento, pois até aí não vai o poder de cautela do magistrado, o que este pode fazer é manter suspensa a exigibilidade do crédito. Justamente o que ocorreu no caso em análise, pois a autoridade jurisdicional deu a liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário e confirmou a ordem concedendo a segurança.

De outro lado, ciosa da obrigatoriedade de constituir o crédito tributário para prevenir a decadência e, ao mesmo tempo, em não descumprir a decisão mandamental, a Fiscalização lavrou o auto de infração, mas manteve a exigibilidade do crédito suspensa e não infligiu multa à atuada. Em assim procedendo, os agentes do Fisco deram cumprimento preciso à legislação fiscal sem ir além ou aquém do que determina a norma legal

Nunca é demais lembrar que a possibilidade de efetuar lançamento para prevenir a decadência, referente à matéria em discussão na esfera judicial, é expressamente prevista no artigo 63 da Lei nº 9.430, com a redação dada pelo artigo 70 da MP nº 2.158/2.001. Estando, pois, a matéria *sub judice*, foi perfeitamente lícita a constituição do crédito tributário, por meio de lançamento de ofício, para prevenir os efeitos da decadência, devendo permanecer suspensa a exigibilidade do crédito enquanto viger os efeitos da citada medida judicial.

Em relação à exigência de juros moratórios sobre crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa, segundo item da peça de defesa, entendo ser cabível, pois, a teor do artigo 161 do CTN, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de

MIN. DA FZ
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 26/06/04
VISTO



Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

mora, seja qual for o motivo determinante da falta. Ora, se vier a ser reformada a medida judicial, então favorável ao sujeito passivo, restará configurada a falta de pagamento da contribuição na data de seus vencimentos e, por conseguinte, o fato gerador dos juros moratórios.

Veja-se que a natureza dos juros de mora não é de sanção, mas simplesmente compensatória. Daí, para se concretizar a hipótese de incidência desses acréscimos legais, basta que o sujeito passivo não satisfaça, por qualquer motivo, a obrigação tributária no prazo legal. Os juros serão devidos inclusive durante o período em que a cobrança do tributo houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial, conforme previsto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736/1979.

Aqui vale também a observação de que, em caso de procedência da ação judicial impetrada pela autuada, os juros, por serem acessórios, seguem a mesma sorte do principal. Daí, se a contribuição não for devida, também não serão devidos os juros moratórios, pois, nesse caso, não haverá mora a ser compensada.

Em relação à impossibilidade de se utilizar a Selic como taxa de juros moratórios, terceiro item da defesa apresentada pela reclamante, é indubitável ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especifica. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996.

Desse modo, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vício ao ato de lançamento no qual formalizou-se o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei.

Quanto à suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC como índice dos juros de mora, alegada pela recorrente, é de se observar que à autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias.

Assim, como os dispositivos legais relativos aos juros de mora objeto da presente lide não foram julgados inconstitucionais, tampouco tiveram sua execução suspensa pelo STF, não se pode negar-lhe vigência, agindo, pois, corretamente, o Fisco ao aplicar-lhes ao lançamento.

Melhor sorte não merecem os argumentos da defesa de que seria possível a análise pela esfera administrativa da inconstitucionalidade e ilegalidade da tributação pelo PIS das receitas excedentes ao faturamento – Lei nº 9.718/98, pois, como dito linhas acima, não cabe à autoridade administrativa análise sobre a constitucionalidade de lei. De outro modo não poderia ser, pois os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na



Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 ao 102 da Carta Magna.

Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:

“Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do Poder Executivo.”

Esse parecer também se arrimou em Tito Resende:

“É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão.”

Ainda sobre o tema, o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em processo de Consulta, assim dispôs:

“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 seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e 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 arguição.

*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*

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CCITIR - 0
BRASÍLIA 25/06/04
VISTO



Processo nº : 19515.000701/2003-28
Recurso nº : 125.390
Acórdão nº : 202-15.561

de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativos e Executivo, como mencionado, chegue-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, § 1º e 103, I, d VI)."

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Por outro lado, as leis gozam de presunção de constitucionalidade e, enquanto vigerem, devem ser, por todos, observadas, não sendo lícito negar-lhes vigência enquanto não suspensa sua eficácia, quer por decisão do STF em controle concentrado, quer por resolução do Senado da República, após declaração de inconstitucionalidade pela Excelsa Corte em sede de controle difuso. Desta feita, como no caso em lide, a legislação embasadora do lançamento em questão não foi afastada do mundo jurídico, está, pois, em pleno vigor, cabendo à fiscalização aplicá-la, até mesmo porque a atividade por ela exercida é vinculada e obrigatória, e não discricionária.

Por todas essas razões, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de maio de 2004


HENRIQUE PINHEIRO TORRES

