



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
De 07 / 12 / 05  
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

Recorrente : ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A  
Recorrida : DRJ-I em São Paulo - SP

**NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.** Não caracteriza nulidade da Decisão "a quo" quando a autoridade julgadora de primeira instância deixa de apreciar matéria se não tinha competência para fazê-lo.

**Preliminar rejeitada.**

**AÇÃO JUDICIAL.** A eleição da via judicial, anterior ou posterior ao procedimento fiscal, importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.** Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

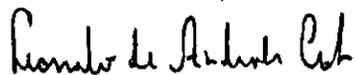
**COFINS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.** A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A.**

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

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.

  
Leonardo de Andrade Couto  
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martinez Lopez, Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente), Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

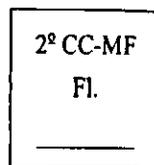
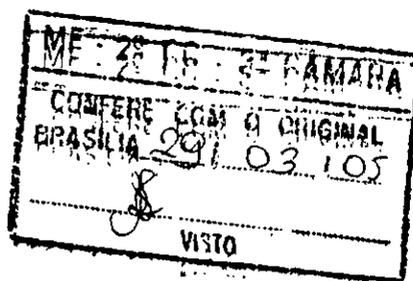
Eaal/imp

MF - 2º CC - 2ª CÂMARA  
CONFERE COM O ORIGINAL  
BRASILIA 29 / 03 / 05  
VISTO



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999



Recorrente : ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A

## RELATÓRIO

Por bem resumir a controvérsia, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

*Em ação fiscal levada a efeito no domicílio da empresa ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A (CNPJ: 00.028.986/0001-08), foi efetuado o lançamento de ofício, com suspensão da exigibilidade, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, relativo aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a dezembro de 2001, perfazendo, à época, um crédito tributário no valor total de R\$25.322.855,58.*

*2. Como base legal foram indicados: art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições; art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e art. 63 da Lei nº 9.430/96.*

*3. Inconformada com a autuação, da qual foi devidamente cientificada em 26/08/2003, a ELEVADORES ATLAS SCHINDLER S/A protocolizou em 25/09/2003 impugnação, às fls. 149/175, na qual alega fundamentalmente o seguinte:*

*3.1 Há insanável vício no ato de lançamento. A impugnante procedeu ao recolhimento da COFINS de pleno acordo com a sentença judicial proferida, não cabendo à Fiscalização ter procedido à lavratura do Auto de Infração porque estava proibida, por determinação judicial, da prática de qualquer ato tendente a exigir o pagamento da dita contribuição;*

*3.2 A Impugnante não poderia se submeter aos ditames do art. 3º da Lei nº 9.718/98:*

*3.2.1 Foi publicada a Lei nº 9.718/98, eivada de inconstitucionalidade. A posterior promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 não implicou a legitimação da legislação infraconstitucional anterior;*

*3.2.2 A Emenda Constitucional nº 20/98 é ilegítima em razão de vício no processo legislativo;*

*3.2.3 O art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 é ilegal por violar o conceito de faturamento;*

*3.2.4 Os efeitos da Emenda Constitucional nº 20/98 também se sujeitam ao princípio da anterioridade nonagesimal;*

*3.2.5 Para que prevalecesse a cobrança da COFINS sobre a base de cálculo pretendida seria necessária a edição de lei complementar;*

*3.3 O Auto de Infração deve ser cancelado em relação à cobrança da COFINS sobre as receitas financeiras decorrentes da variação cambial, pois:*

*3.3.1 Há violação ao conceito de receita e aos arts. 116 e 117 do CTN;*

*3.3.2 Não há que se falar em aquisição da disponibilidade jurídica das receitas financeiras decorrentes das variações cambiais ativas;*

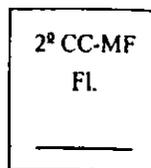
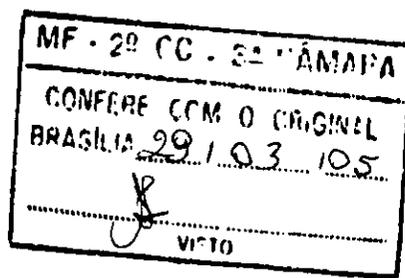
*3.3.3 Há violação do princípio da capacidade produtiva;*

*De*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999



3.4 A autuação teria que ser anulada, de sorte a determinar-se a exclusão dos juros de mora calculados de acordo com a variação da taxa SELIC, pois:

3.4.1 Há incompatibilidade de seu conceito, que visa à apuração de juros remuneratórios, com o conceito de juros moratórios, que têm por objetivo tão somente indenizar o credor pelo pagamento em mora;

3.4.2 O fato de a taxa ser fixada por normas infralegais desrespeitou diversas normas que regulam o nosso Sistema Tributário, configurando grave ofensa aos princípios da estrita legalidade tributária, da indelegabilidade de competência e da segurança jurídica;

3.4.3 A referida taxa não poderia ser aplicada em respeito ao art. 161, § 1º do CTN;

4. Finalmente, a contribuinte protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, requer que seja acolhida a preliminar de nulidade da autuação ou que sejam acolhidas as razões de mérito.

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão (fls. 332/347), nos termos da ementa transcrita adiante:

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*Período de apuração: 28/02/1999 a 31/12/2001*

*Ementa: AÇÃO JUDICIAL – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em anulação ou invalidação do auto de infração. Existência de ação judicial não se constitui em óbice à lavratura de Auto de Infração com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme dispõe a legislação tributária e o entendimento esposado nos Pareceres PGFN nº 743/88 e nº 1.064/93.*

*CONCOMITÂNCIA PARCIAL - A busca pela tutela do Poder Judiciário, na parte em que os fundamentos forem comuns aos esposados na impugnação, importa em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação, pela autoridade administrativa competente, das mesmas razões de mérito.*

*INCOMPETÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE E INVALIDADE DAS NORMAS – A Administração é carecedora de competência para apreciar questões sobre a constitucionalidade e/ou invalidade das normas, o referido controle encontra no Poder Judiciário o seu foro apropriado. O art. 7º da Portaria MF nº 258/2001 determina que os julgadores observem as normas legais e regulamentares, assim como o entendimento da Secretaria da Receita Federal expresso em atos tributários e aduaneiros.*

*TAXA SELIC – Utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora encontra guarida no art. 84, I, da Lei nº 8.981/95, no art. 13 da Lei nº 9.065/95, e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.*

*Lançamento Procedente.*

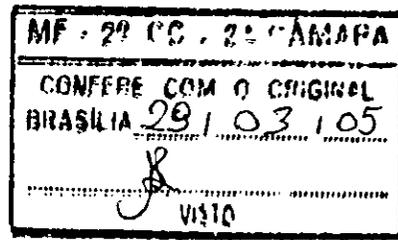
Inconformada, a interessada recorre a este Conselho (fls. 364/427) reiterando as razões de mérito expostas na peça impugnatória e acrescenta que:

*Re*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999



a) a existência de discussão judicial não implica em renúncia do processo administrativo o qual deve ser apreciado, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

b) o entendimento da decisão recorrida, segundo o qual os Tribunais Administrativos não podem apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma inserida no ordenamento jurídico, não pode prosperar, pois os atos administrativos devem ser anulados quando estiverem eivados de ilegitimidade, mesmo que tal ilegitimidade seja decorrente da violação à Constituição Federal; e

c) a decisão de primeira instância é nula pois o julgador não analisou todas as razões expostas na defesa pelo contribuinte, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

É o relatório.

*pe*



Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999

MF - 2ª CC - 3ª CÂMARA
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 29/03/05
VOTO

2ª CC-MF
Fl.

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Não há controvérsia no entendimento de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo torna inócua qualquer discussão da mesma matéria no âmbito administrativo, por obediência ao princípio da jurisdição uma, da prevalência do Poder Judiciário.

Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza.

Vejam-se as disposições do 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 superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as 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 originais)*

No âmbito dos Tribunais Superiores, o STJ,<sup>1</sup> em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

*“Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela*

<sup>1</sup> (REsp nº 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91). Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – nº 23/95 – página 422.

PC



Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999

MF - 2º CC - 3ª CÂMARA
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 29.103.105
 VOTO

*esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido.” (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).*

Ratifica-se então a impossibilidade de apreciação da causa no âmbito administrativo e a definitividade da exigência nessa esfera, no que coincidir com objeto da ação judicial, ressalvada a suspensão da exigibilidade até o trânsito em julgado da sentença.

Sob esse prisma, é importante avaliar o teor do provimento obtido pela recorrente nos autos da ação 1999.61.00.007171-4. Assim dispôs a sentença (fl. 260):

*.....Em face do exposto, e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DO IMPETRANTE, pelo que concedo-lhe a segurança no presente writ, a fim de resguardar o direito líquido e certo de não ser compelido pela autoridade coatora ao recolhimento da Cofins – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.718/98, por reputa-la inconstitucional, ressaltando, porém, a cobrança à razão de 2 % sobre faturamento, nos termos da Lei Complementar nº 70/91..... (grifo nosso)*

O teor da sentença não dá margem a dúvidas. Veda a utilização da Lei nº 9.718/98 na apuração da Cofins. Ora, com isso, torna-se irrelevante qualquer discussão no âmbito administrativo envolvendo aplicação de dispositivos desse diploma legal.

Não se justifica o debate quanto à possibilidade da autoridade administrativa apreciar constitucionalidade e/ou legalidade da norma. Mesmo que, apenas por hipótese, não houvesse restrição a essa análise por aquela autoridade, a manifestação do Juízo restringiu ao âmbito judicial qualquer manifestação sobre o tema. Assim, não há que se falar em nulidade da decisão de primeira instância.

Essas considerações aplicam-se também à questão das variações monetárias. Nesse ponto, ousou discordar da instância de piso segundo a qual essa questão não foi suscitada na ação judicial devendo ser apreciada pela autoridade administrativa. Isso porque a regra de incidência da Cofins sobre essas receitas está justamente nas alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 ampliando a base de cálculo da contribuição. O questionamento relativo à constitucionalidade dessa ampliação e também do aumento de alíquota, foi a base da ação judicial movida pela interessada. Portanto, não há como tal matéria ser analisada fora do Judiciário.

Na verdade, ao prolatar o voto condutor do Acórdão DRJ/SPOI nº 4.447/2003 aquela autoridade corrobora o entendimento ora exposto, pois deixa de examinar o mérito da tributação das variações monetárias sob a alegação de que essa incidência está prevista na Lei nº 9.718/98, norma plenamente em vigor no ordenamento jurídico pátrio não cabendo ao órgão administrativo questioná-la.

Em resumo, se a incidência da Cofins sobre as variações monetárias está definida na Lei nº 9.718/98 e se a aplicação dessa lei está em discussão no Poder Judiciário não há como se apreciar tal questão no foro administrativo.

*pu*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002904/2003-59  
Recurso nº : 126.747  
Acórdão nº : 203-09.999

MF - 2ª CC - 2ª TURMA
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 29/03/05
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

No que tange a suposta violação do princípio da capacidade contributiva, tal questão tem natureza constitucional. Sob esse aspecto, o que se aplicaria também a quaisquer outras matérias envolvendo alegações de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da norma, o entendimento desse colegiado é pacífico no sentido de que a corte Administrativa não tem competência para apreciar quaisquer arguições envolvendo inconstitucionalidade. Valho-me das palavras da conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, em voto proferido no Acórdão 203-09.120, Segundo Conselho de Contribuintes:

*"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 desfeito ao agente da Administração afrontá-la".*

Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, regulados na própria Constituição Federal, passam necessariamente pelo Poder Judiciário, cuja prerrogativa exclusiva nesse campo insere-se na Lei Maior.

Relativamente aos juros de mora, o CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto. Atribuiu-lhe poderes para disciplinar o assunto, inclusive estabelecendo a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária. Assim estabelece o parágrafo 1º do art. 161:

*"Art. 161....."*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês." (grifo nosso)*

Assim, a taxa de juros vem sendo quantificada ao longo do tempo pela legislação ordinária. A utilização da Taxa Selic como parâmetro de juros moratórios deu-se a partir de abril de 1995, determinada pelo art. 13 da Lei 9.065, de 20 de junho de 1995 e, a partir de 1997, pelo art. 61, § 3º da Lei 9.430/96. Cabe à Administração Tributária, pelo exercício da atividade vinculada, a estrita obediência ao que dispõe a lei. Sob esse prisma, é irrelevante que o indicador agora utilizado tenha sido criado originariamente para fins remuneratórios.

Pelo exposto, não conheço do recurso em parte por opção pela via judicial. Na parte conhecida, rejeito a preliminar de nulidade e nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO