

24 B 09  
Davidio

CC02/C06  
Fls. 215



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA**

**Processo n°** 36624.009299/2005-91  
**Recurso n°** 143.130 Voluntário  
**Matéria** TERCEIROS  
**Acórdão n°** 206-00.970  
**Sessão de** 05 de junho de 2008  
**Recorrente** EPS EMPRESA PAULISTA DE SERVIÇOS S/A  
**Recorrida** SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Período de apuração: 01/06/2001 a 30/11/2003

**INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.**

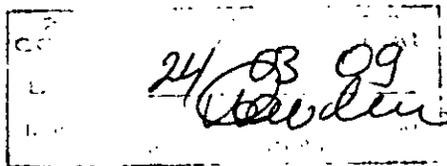
É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

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

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

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; e II) em negar provimento ao recurso.

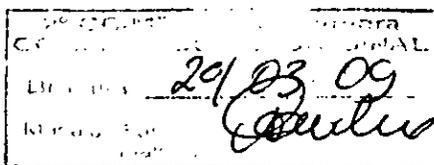
ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente

ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado), Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



## Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições destinadas ao SEBRAE, cujos fatos geradores foram declarados em parte na GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social.

O Relatório Fiscal (fls. 22/23) informa que a cobrança da contribuição destinada ao SEBRAE está com a exigibilidade suspensa em virtude de liminar concedida no Mandado de Segurança Coletivo nº 2000.61.00.021258-2, 8ª Vara da Justiça Federal de São Paulo.

A notificada apresentou defesa tempestiva (fls. 57/86) onde alega que configura cerceamento de defesa o fato da administração deixar de apreciar a constitucionalidade de normas *incidente tantum*, visto que a declaração de inconstitucionalidade neste modo é determinada pelo inciso LV, art. 5º da Constituição Federal, inclusive para os órgãos jurisdicionais administrativos.

Alega que as bases de cálculo retiradas do sistema informatizado não correspondem às remunerações atribuídas aos empregados efetivamente declaradas em GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social.

Irresigna-se pelo fato da auditoria fiscal, embora reconhecesse a suspensão da exigibilidade dos créditos lançados, ter aplicado multa de 15% (quinze por cento) sobre os valores originários. Entende que deveria ter sido aplicado o art. 63 da Lei nº 9.430/1996.

No mérito, alega que não é sujeito passivo da contribuição destinada ao SEBRAE, pois é uma empresa prestadora de serviços e não é contribuinte do SESI, SENAI ou SESC, SENAC. Entende que sendo a contribuição ao SEBRAE um adicional das contribuições aos citados entes, não é lícita a cobrança da mesma da contribuição ao SEBRAE.

Considera inconstitucionais a exigência de contribuições ao SESC e SENAC das prestadoras de serviços, uma vez que não exercem atividades de comércio.

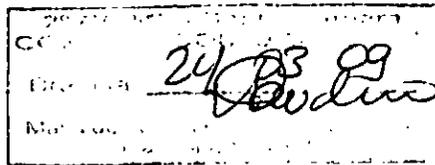
Por fim, alega que a utilização da taxa SELIC como juros entra em confronto com o estabelecido pelo § 3º, do art. 192, da Constituição Federal, que veda a utilização de juros em percentual superior a 12% ao ano.

Pela Decisão-Notificação nº 21.003.0/0031/2005 (fls. 108/115), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 136/165) onde efetua a repetição das alegações apresentadas em defesa.

À folha 209, pela correspondência GT/CGMT/PT 05/2006, a Procuradoria informa que ao julgar a apelação do INSS e SEBRAE, o TRF 3ª Região deu provimento ao recurso reformando a sentença de primeiro grau, o que importa na revogação da liminar. Salaria que não mais subsiste a decisão judicial que inviabilizava a cobrança do crédito, não havendo qualquer impedimento para o prosseguimento da cobrança.

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'D' or similar character, located at the bottom right of the page.



A SRP apresentou contra-razões, mantendo a procedência do lançamento.

É o Relatório.

## Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente alega como preliminar que o fato de o julgador no âmbito administrativo deixar de apreciar a constitucionalidade de dispositivo legal representa cerceamento de defesa.

A recorrente está equivocada.

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

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

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

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

Portanto, rejeito a preliminar apresentada.

Quanto à alegação de que haveria insubsistências entre as remunerações constantes dos sistemas informatizados e a efetivamente declarada pela recorrente em GFIP, a mesma não trouxe qualquer prova ou demonstração da ocorrência do alegado. Dessa forma, não há como acolher tal alegação.

A recorrente se irresigna pelo fato da auditoria fiscal ter efetuado o lançamento.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

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

Quanto à alegada impossibilidade de aplicação de multa, cumpre dizer que a recorrente apesar de possuir à época liminar que impedia a cobrança do crédito não efetuou o depósito do montante integral.

O dispositivo legal citado, qual seja, o art. 63 da Lei nº 9.430/1996 é aplicável aos tributos e contribuições administrados pela então Secretaria da Receita Federal e se refere à multa de ofício, não se aplicando às contribuições previdenciárias administradas pelo INSS e posteriormente pela Secretaria da Receita Previdenciária.

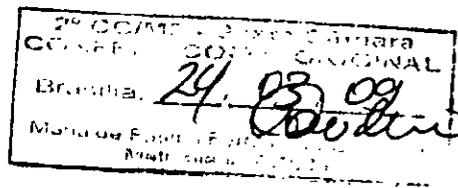
Ademais, conforme informação constante dos autos, O TRF 3ª Região revogou a liminar que suspendia a exigibilidade do crédito e ainda assim, não consta que a recorrente tenha agido conforme determina o dispositivo suscitado, ou seja, efetuado o recolhimento das contribuições questionadas até trinta dias após a data da publicação da decisão judicial que considerou devida a contribuição.

No mérito, a recorrente questiona a sujeição passiva da mesma quanto às contribuições destinadas ao SEBRAE, que foi objeto de contestação por meio do Mandado de Segurança impetrado pelo SINDICON – Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo.

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

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

*“O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode*



*analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa."*

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

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

*(...).*

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

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

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

**Lei n° 6.830**, de 22/09/80 (trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública):

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

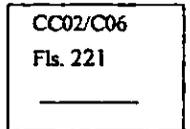
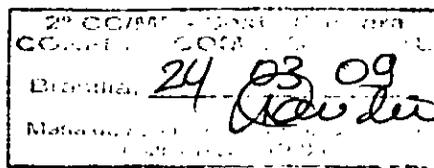
*Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."*

**Lei n.º 8.213/91** (reproduzido pelo art. 307 do Decreto n.º 3.048/99):

*"Art.126 (...).*

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

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



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

*"Súmula n° 1*

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

Quanto ao entendimento de que não seria possível a aplicação da taxa de juros SELIC, cumpre dizer que a aplicação da mesma tem amparo no art. 34 da Lei n° 8.212/1991, o qual encontra-se vigente no ordenamento jurídico. Conforme já argüido, a autoridade administrativa, em obediência ao princípio da legalidade, não pode afastar a aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico pátrio.

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

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

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de junho de 2008

  
ANA MARIA BANDEIRA