



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 37311.007943/2006-63
Recurso nº 146.883 Embargos
Acórdão nº 2402-00.398 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2010
Matéria TERCEIROS
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL.
Interessado PASSARELA CALÇADOS LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/1999 a 29/02/2000

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

EMBARGOS.DE DECLARAÇÃO

Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão exarado pela extinto Conselho de Contribuintes, correto o manejo dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1999 a 29/02/2000

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO
INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

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

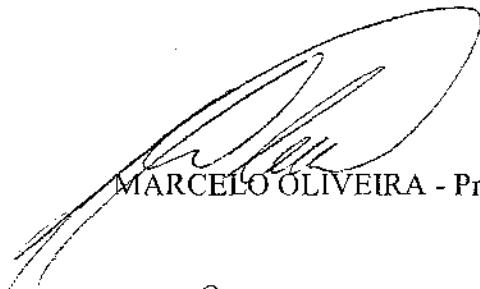
Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário

INCONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE

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 sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

EMBARGOS ACOLHIDOS.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em acolher os embargos de declaração. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Cleusa Vieira de Souza. Conhecido os embargos, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para, nas preliminares aplicar a regra decadencial prevista no I, Art. 173 do CTN, excluindo as contribuições apuradas até a competência 11/1999, anteriores a 12/1999, na forma do voto. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Cleusa Vieira de Souza. que votaram em aplicar o §4º, Art. 150 do CTN. Quanto às demais preliminares e ao mérito, negado provimento por unanimidade.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Núbia Morcira Barros Mazza (Suplente).



Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração apresentados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN (fls. 253/254) contra o Acórdão nº 206-01.455 (fls. 242/249) que deu provimento ao recurso apresentado, sob o argumento de que teria ocorrido a decadência nos termos do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional.

A PGFN argumenta que apesar de ter utilizado a tese de que teria havido a antecipação do pagamento, não se vislumbra que tal tenha ocorrido o que se consubstanciaria em omissão na fundamentação do acórdão.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

Quanto à admissibilidade dos Embargos de Declaração apresentados, entendo que os mesmos devem ser acolhidos.

De fato, no caso em tela, trata-se de lançamento de contribuições destinadas ao FNDE (salário-educação), as quais deixaram de ser recolhidas em sua integralidade e cujo fundamento para a cobrança, a recorrente discute perante o Poder Judiciário.

Em período distinto ao do presente lançamento, a recorrente efetuou, inclusive, o depósito do montante integral de tal contribuição.

Como se observa, a recorrente não reconhece a obrigação de recolher as contribuições correspondentes ao salário educação e, efetivamente, não recolheu qualquer parcela das mesmas.

É certo que a conclusão do acórdão em questão não se coaduna com a tese defendida pelo mesmo, ou seja, somente se aplicaria o § 4º do art. 150 do CTN na ocorrência de antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, fato que não ocorreu, conforme se verifica da situação fática apresentada.

Nesse sentido, entendo que o Acórdão nº 206-01.455 deve ser retificado.

No que tange a preliminar de decadência, o que se verifica é que trata-se do lançamento de contribuições correspondentes ao salário-educação, contribuição esta que a recorrente entende não ser devida, uma vez que deixou de recolher qualquer montante relativo à mesma e ainda questiona seu pagamento perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I, do CTN, para considerar que estão atingidas pela decadências as contribuições relativas às competências até 11/1999, inclusive o 13º salário de 1999.

Em razão do acolhimento dos embargos e pela aplicação da regra contida no art. 173, Inciso I, do CTN no que tange à declaração da decadência, o lançamento que havia sido considerado totalmente decadente ante a regra constante no art. 150, § 4, do CTN passa a ser decadente apenas parcialmente.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar os demais argumentos apresentados pela recorrente, o que se faz a seguir.

A recorrente apresenta preliminar no sentido de que a decisão recorrida seria nula face à menção de matéria diversa da que ensejou o lançamento, caracterizando o julgamento *extra petita*.

Analisando-se a decisão recorrida verifica-se que o que a recorrente denomina de julgamento *extra petita* refere-se a um parágrafo que faz referência à matéria estranha à notificação.

Tal parágrafo está inserido na argumentação apresentada pelo julgador de primeira instância, quando do enfrentamento do pedido de perícia formulado, levando a inferir

que tratou-se de manutenção de parte da argumentação efetuada em outro julgamento relativo ao indeferimento de pedido de perícia.

Muito embora trate de menção de matéria estranha, não se caracteriza, a meu ver, julgamento *extra petita*, mas tão somente equívoco que não enseja a nulidade da decisão recorrida.

Assevere-se que todos os pontos relativos ao julgamento em questão foram devidamente enfrentados pelo julgador *a quo* e o referido parágrafo encontra-se inserido na argumentação destinada a afastar o pedido de perícia formulado.

Assim, entendo que não se verifica a nulidade alegada pela recorrente.

Ainda em sede de preliminar, a recorrente alega incompetência da agente fiscal pelo motivo de que a mesma teria se aposentado e, posteriormente, retornado ao exercício da função.

Assevere-se que tal alegação não foi apresentada na defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

Também não merece acolhida a alegação de cerceamento de defesa face à alegada generalidade do anexo Fundamentos Legais do Débito.

O Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD contém os dispositivos legais que amparam o lançamento nas respectivas competências e por assunto.

A alegação do contribuinte de que seus direitos ao contraditório e ampla defesa não teriam sido observados revela-se meramente protelatória, sobretudo se considerarmos a simplicidade do lançamento em questão que se refere a contribuições relativas ao salário-educação não recolhidas pela recorrente.

No mérito, a recorrente questiona a constitucionalidade e a legalidade da contribuição do salário educação.

No entanto, tal matéria está sendo objeto de discussão judicial e Quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário e, a respeito da questão, 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.º 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."

No entanto, 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.

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

Nesta instância administrativa, tal questão foi objeto da Súmula nº 01 do 2º CC do Ministério da Fazenda, publicada no DOU de 26/09/2007, *in verbis*:

Súmula nº 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

Por fim, a recorrente questiona a legalidade e a constitucionalidade da aplicação da taxa de juros SELIC como encargo moratório.

A aplicação da taxa de juros SELIC se deu por força de dispositivo legal vigente e não cabe ao julgamento do âmbito o contencioso administrativo fiscal, em obediência ao princípio da legalidade, afastar aplicação de dispositivo legal vigente sob o argumento de que o mesmo afrontaria a Constituição Federal ou lei hierarquicamente superior.

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

Voto no sentido de **ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E RETIFICAR O ACÓRDÃO Nº 206-01.455, CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/1999, inclusive, bem como da contribuição relativa ao décimo terceiro salário de 1999.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2010


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 37311.007943/2006-63

Recurso nº: 146.883

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.398

Brasília, 25 de fevereiro de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional