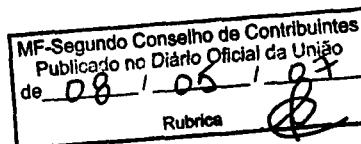




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10865.001124/2002-66
Recurso nº 132.933 Voluntário
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Acórdão nº 202-17.681
Sessão de 25 de janeiro de 2007
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO MERK BAK LTDA.
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

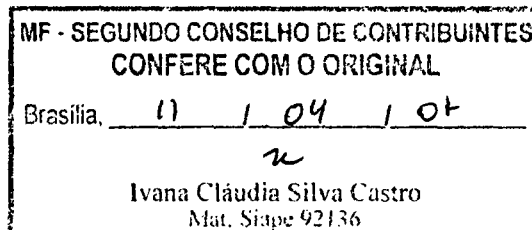
Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2002

Ementa: CONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 2% PARA 3%.

O Supremo Tribunal Federal em sessão plenária declarou constitucional a majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3%.

Não devem ser consideradas as alegações acerca do alargamento da base de cálculo quando não comprovada a inclusão de outras receitas na formação dessa base para o cálculo da contribuição.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ANTONIO CARLOS ATULIM
Presidente


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Simone Dias Musa (Suplente), Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	11 / 04 / 01
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siapc 92136	

Relatório

Trata-se de recurso voluntário oferecido contra Acórdão proferido pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto - SP.

Informa o relatório da decisão recorrida que a empresa apresentou pedido de restituição dos valores que considera recolhidos a maior que o devido da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, em razão da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9.718/98, que elevou a alíquota dessa contribuição de 2% para 3% a partir do mês de fevereiro de 1999.

Na impugnação, alegou ainda a inconstitucionalidade insanável da referida lei em relação à Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Apreciando as alegações, a Turma Julgadora expediu decisão que se encontra sintetizada na seguinte ementa:

“Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2002

Ementa: DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO

A homologação de compensação de créditos tributários, efetuada pelo próprio sujeito passivo, depende da comprovação da certeza e liquidez dos débitos fiscais utilizados por ele.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2002

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2002

Ementa: INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA

A apuração e pagamento da Cofins, a partir de 1º de fevereiro de 1999, à alíquota de 3,0 %, não gera indébito tributário.

Solicitação Indeferida”.

Cientificada da decisão em 28/11/2005, a empresa apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes em 30/11/2005, com os seguintes argumentos: 1) indevida a majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3%; 2) ofensa ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária (o conceito de faturamento e a hierarquia das leis), no que diz respeito à ampliação da base de cálculo e a majoração da alíquota; 3) indevida alteração de lei complementar por lei ordinária; 4) inconstitucionalidade insanável da Lei nº 9.718/98, diante

2

Processo n.º 10865.001124/2002-66
Acórdão n.º 202-17.681

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	11 / 04 / 04
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. Siapc 92136	

CC02/C02
Fls. 3

da Constituição Federal de 1988 e os aspectos relativos à Emenda Constitucional nº 20/98; 5) ferimento do princípio da igualdade (isonomia em matéria tributária), pela possibilidade de somente alguns contribuintes compensarem na Contribuição Social o adicional de 1% da Cofins; 6) ofensa aos princípios constitucionais do direito adquirido e da competência tributária, da capacidade contributiva e da vedação do uso do tributo com efeito de confisco; 7) extinção do crédito tributário pela compensação tributária.

Por fim, requer o reconhecimento do crédito tributário gerado pelos recolhimentos realizados a maior, da Cofins, no lapso temporal de 10 anos, reconhecimento da inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 e o deferimento de todas as compensações realizadas.

Efetua arrolamento de bens para garantir a instância quanto aos valores compensados, conforme fl. 150.

É o Relatório.

C

J

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	11 / 04 / 02
<i>u</i>	
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. SIAPE 92136	

Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade e conhecimento.

Os argumentos trazidos pelo recurso voluntário circunscrevem-se à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e à inadequação da legislação infraconstitucional aos princípios decorrentes da Constituição da República – da legalidade, do não confisco, da isonomia e da capacidade contributiva.

Tratando o recurso somente desse aspecto, cumpre ressaltar que não compete à autoridade julgadora administrativa manifestar-se acerca da constitucionalidade ou adequabilidade de normas infraconstitucionais à Constituição Federal.

As decisões resultantes de julgamentos administrativos somente são imutáveis, equiparando-se aos atos jurisdicionais, quando proferidas contra a Fazenda Pública. Isso porque, no contexto processual-legal em vigor, não é possível à União recorrer de decisão produzida por seus órgãos, por restar incongruente. Se a decisão for desfavorável ao contribuinte é-lhe facultado recorrer ao Judiciário. Tem-se, nesse caso, uma disparidade em armas, ou seja, o princípio da igualdade de oportunidade das partes torna-se inaplicável.

Corroborando esse entendimento, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, à pág. 616 do livro *Direito Administrativo*, 15ª ed.:

“O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do 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 do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.” (destaque do original)

Na ocorrência de pacificação judiciária de ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei ou norma tem o Conselho de Contribuintes atuado de forma proativa, consoante o princípio da economia processual, definidos os litígios dela decorrentes.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	11 / 04 / 04
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. SIAPE 92136	

De fato, o questionamento de constitucionalidade das leis não é oponível na esfera administrativa, por ser defeso aos seus julgadores apreciarem legalidade ou constitucionalidade de ato normativo. Esta competência está circunscrita ao Poder Judiciário, para onde deverá ser dirigido o inconformismo relacionado com a legalidade ou constitucionalidade de normas legais regularmente editadas.

Considerando a unicidade de jurisdição eleita pela Constituição Federal para o exercício da justiça no Brasil, torna-se defeso ao servidor público sobrelevar o princípio, também nela assente, da legalidade.

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 especada 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 art. 102 da Constituição Federal, onde estão configuradas as duas vias de controle de constitucionalidade das leis: o controle concentrado e o controle difuso.

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

Entretanto torna-se despicienda a efetivação da 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 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 executoriedade pelo Senado Federal.

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."

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	11 / 04 / 04
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. Siape 92136	

Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada."

Abordando a questão do aferimento da validade constitucional da norma de direito, Celso Ribeiro Bastos¹ conforma precisamente as conclusões emanadas da própria Constituição Federal, *litteris*:

"(...) que conclusões podem ser tiradas dos princípios firmados: a) o da validade da norma em função de sua adequação à norma hierárquica superior; b) o da presunção de legitimidade de toda norma, em nome da segurança e estabilidade das relações reguladas pelo direito.

A primeira conclusão é a de que, toda vez em que não houver desrespeito ao segundo princípio, pode-se, em nome do primeiro, desobedecer à lei inconstitucional. Pelo contrário, em nome do segundo princípio nunca se pode desobedecer à lei inconstitucional, quando sua desobediência implicar sua transgressão. A conclusão extraída permite retirar respostas para tormentosas questões colocadas pela incerteza de saber em que circunstâncias é de admitir-se o descumprimento da lei pelo seu destinatário, por julgá-la afrontadora da Magna Carta. Assim explica-se porque, por exemplo, o contribuinte pode, ainda que por sua conta e risco deixar de pagar um tributo que repute indevido, por inconstitucional. É certo que a eficácia da norma tida subjetivamente pelo contribuinte como inconstitucional não fica por isso paralisada. A Administração poderá promover o competente ajuizamento da ação executiva, colimando a satisfação de sua pretensão contrariada. Fica, entretanto, reservado ao particular a sua defesa, consubstanciada justamente na alegação de falta de existência constitucional para pretensa norma jurídica autorizadora da arrecadação do tributo questionado. O que é importante, todavia, notar é o fato de ter-se possibilitado ao insurgente o não cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, o desconhecimento da pretensão do fisco, até o pronunciamento do órgão encarregado do exame da constitucionalidade das leis, que entre nós, sem nenhuma novidade, é o Poder Judiciário. Exemplificando agora a segunda parte da conclusão extraída, temos como certo que a ninguém é permitido afrontar, derrubando-a, uma barreira colocada pelo Poder Público na estrada, em cumprimento a uma existente lei proibitiva; não importando em nada a opinião que o autor da desobediência faça a respeito da constitucionalidade da dita lei. À Administração será facultado tomar todas as medidas de caráter executório para tornar efetiva a sua pretensão, antes mesmo que o órgão encarregado do controle da constitucionalidade tenha se manifestado sobre a questão. O segundo princípio sobreleva-se ao primeiro, a ponto de torná-lo insubsistente em face da impostergável necessidade da manutenção da ordem pública. Os exemplos poderiam ser citados em grande abundância. Limitar-nos-emos, entretanto, a apenas mais um. Um indivíduo, submetido a ordem de prisão por autoridade competente, não pode resistir, valendo-se da violência, à obrigação que lhe é imposta, ainda que manifestamente inconstitucional. Poderá valer-se de remédios jurídicos apropriados pela eventual lesão de seus direitos, em face da

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 50 e 51.

MF - SEGUNDO CONSÉLHO DE CONTRIBUINTES CONFERE CÔM O ORIGINAL Brasília, 11 / 04 / 07 ~ Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siape 92136

inconstitucionalidade da lei em que se fundava a autoridade. Mas isto em nada invalida o fato de ter antes se submetido à pretensão, independentemente de pronúncia do Judiciário sobre a matéria."

Dessarte, constata-se que, no contexto do julgamento administrativo, não assiste razão à recorrente quanto à tese de defesa, porquanto, por falta de manifestação específica do Poder Judiciário que a ampare, descumpriu norma de direito válida e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro relativamente à forma de apuração do tributo devido e seu conseqüente recolhimento.

Por tudo isso, concluo ser incabível a um órgão administrativo de julgamento, no sistema jurídico de sustentação de seu funcionamento hoje vigente, apreciar ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei, relativamente a caso concreto sob exame.

Dessa maneira, refuto a pretensão da recorrente de ver apreciada, na via administrativa, a ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei regularmente promulgada, que goza, até manifestação contrária do Poder Judiciário, pacificada e definitiva, de vigência e validade.

Em relação à majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3% cumpre esclarecer que o Supremo Tribunal Federal – STF, em julgamento recente, decidiu em sessão plenária pela legalidade da referida majoração, tendo em vista restarem vencidos os Ministros que pretenderam a inconstitucionalidade do já referido art. 8º.

A decisão contida no RE nº RE 390840/MG é a que segue:

"Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005."

Quanto ao alargamento da base de cálculo, a recorrente reporta-se a esta matéria sem, no entanto, prosseguir no sentido de expressamente identificar a efetiva inserção de receitas diversas do faturamento na composição da base de cálculo da Cofins, motivo pelo qual é refutado o argumento.

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso voluntário, descabendo apreciar o pedido de compensação.

Sala das Sessões, 25 de janeiro de 2007.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

