



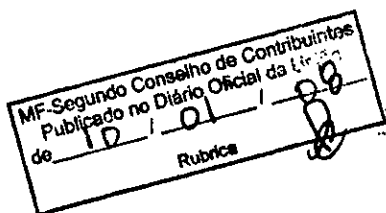
MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10882.002045/2004-26
Recurso nº 139.377 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 202-18.216
Sessão de 14 de agosto de 2007
Recorrente ABB LUMMUS GLOBAL LTDA.
Recorrida DRJ em Campinas - SP

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03 / 10 / 2007

Ansch
Andrezza Nascimento Schmicikal
Mat. Siapc 1377389



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

É defeso à autoridade administrativa afastar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, cuja atribuição decorre do art. 102, I, "a", e III, "b", da Constituição Federal.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL ANTERIOR À LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A opção do contribuinte pela via judicial, antes, durante ou após a prática do ato administrativo formalizador da exigência tributária conduz à prévia, concomitante ou posterior abdicação do direito de defesa na esfera administrativa, mesmo porque, havendo posicionamento judicial liminar em sentido contrário ou depósito judicial tempestivo e integral do crédito tributário em discussão, a Administração, impositivamente, queda-se inerte quanto à cobrança do crédito tributário constituído de ofício até que se manifeste o Judiciário, sem qualquer dano ao universo jurídico da recorrente.

DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, INC. II, DO CTN. JUROS DE MORA. INAPLICÁVEIS.

Q

Q

Os juros de mora não são devidos quando o contribuinte efetua o depósito judicial integral, nos termos do art. 151, inc. II, do CTN.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, na parte concomitante com o processo judicial; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso para excluir os juros de mora, em face do depósito judicial integral. Declarou-se impedido de votar o Conselheiro Ivan Allegretti (Suplente) (art. 15, § 1º, II, do RICC). Esteve presente ao julgamento o Dr. José Eduardo Amaral Dink Huysen, OAB/SP nº 235.569, advogado da recorrente.


ANTONIO CARLOS ATULIM

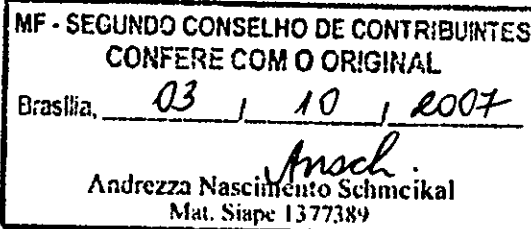
Presidente

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>03</u> / <u>10</u> / <u>2007</u>  Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra acórdão proferido pela 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP.

Informa o relatório da decisão recorrida a lavratura de auto de infração para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativa ao período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004.

Transcreve a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, que dá continuidade ao auto de infração (fls. 241 e 242), na qual o Fisco relata a existência de medida judicial com pedido de liminar, a qual foi concedida (Processo nº 1999.61.00.010389-2, 9ª Vara Federal - SP). A sentença denegou parcialmente a segurança para manter a alíquota de 3% e a base de cálculo sobre o faturamento. Apresentação de apelação pelas partes. O TRF da 3ª Região deu provimento ao apelo da União e à remessa necessária, negando provimento à apelação da impetrante.

A empresa fez o depósito judicial da contribuição julgada devida, acrescida de juros de mora. Na data da autuação o processo judicial encontrava-se no Superior Tribunal de Justiça analisando Recurso Especial.

Informa o autuante que *"este auto de infração contempla as bases de cálculo somente das 'outras receitas, inclusive as financeiras'"*.

O relatório fiscal dividiu a informação em duas partes, em face do enquadramento legal que alcança os meses de fevereiro e março de 1999 e o enquadramento legal referente ao período compreendido entre abril de 1999 e janeiro de 2004.

Impugnando a exigência, alegou a empresa, em apertada síntese: 1) inaplicabilidade do ADN Cosit nº 3/96, por suas disposições serem manifestamente inconstitucionais por afrontar a ampla defesa e o contraditório; 2) inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins extravasando seu âmbito de competência constitucional não se prestando a Emenda Constitucional nº 20/98 para convalidar a Lei nº 9.718/98; 3) majoração da alíquota viola os princípios da isonomia e da capacidade contributiva; 4) assevera a suspensão da exigibilidade do crédito constituído de ofício, primeiramente pela concessão de liminar e da segurança pelo Juiz Federal da 9ª Vara Federal de São Paulo e, posteriormente, com a decisão contrária do TRF da 3ª Região, efetuou, nos termos do § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/96, o depósito judicial do montante que havia deixado de ser recolhido. Considera a lavratura do auto de infração absolutamente desnecessária; 5) entende que devem ser excluídos os juros de mora em razão da suspensão do crédito tributário por força de medida liminar judicial, inexistência de atraso omissão ou desvio no pagamento de tributos devidos, não se configurando a mora e não ocorreu descumprimento da legislação tributária que o sujeite ao recolhimento de multa e de juros.

Apreciando as alegações de defesa, a Turma Julgadora decidiu, por unanimidade, deixar de apreciar o mérito e julgar procedente a exigência fiscal.

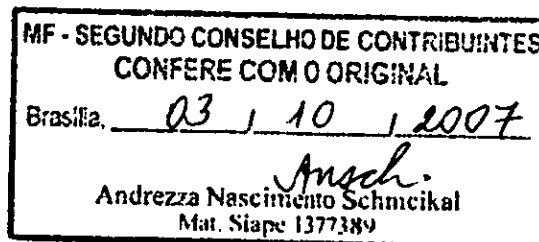
Cientificada do acórdão em 14/03/2005, a empresa apresentou recurso voluntário em 06/04/2005, com as mesmas razões de defesa postas na impugnação,

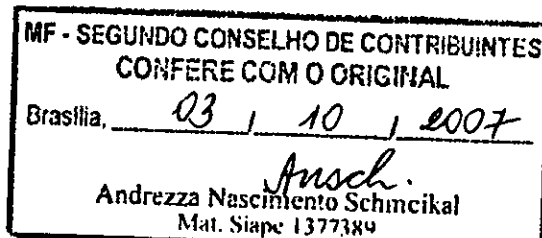
acrescentando, em reforço violação ao princípio da verdade material pela interpretação diversa daquela cabível da documentação apresentada.

Alfim requer seja o recurso conhecido e provido para cancelar a ação fiscal.

É o Relatório.

P





Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora

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

A matéria da presente lide resume-se à resistência da recorrente contra a manutenção do auto de infração que constituiu o crédito tributário da Cofins, incluindo juros de mora.

O lançamento foi efetuado exclusivamente sobre as parcelas da receita que não compõem o faturamento da recorrente.

A existência da relação jurídica para essa exação, como prescrita pela Lei nº 9.718/98 encontra-se sob apreciação pelo Poder Judiciário. A exigibilidade encontra-se suspensa pela realização do depósito judicial tempestivo e integral, na medida em que o fiscal autuante constituiu de ofício o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, com fulcro nos incisos II e IV do art. 151 do CTN.

Após defender o afastamento do ADN Cosit nº 3/96, que determina a definitividade, na esfera administrativa, do lançamento efetuado de ofício em caso de propositura de ação judicial antes, durante ou após a realização da ação fiscal, expende extenso arrazoado, como feito na impugnação e enfrentado pelo acórdão recorrido, acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, pretendendo o afastamento da mesma na apuração da Cofins devida. Assevera o conceito de faturamento já consolidado por decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Entendo não caber reparos à decisão recorrida. Por mais que pretenda a recorrente cancelar o crédito tributário constituído de ofício, milita contra essa pretensão o disposto no art. 142 do CTN que atribui a competência para tal mister à autoridade administrativa fiscal.

A relação jurídica em discussão – incidência da Cofins sobre outras receitas que não o faturamento – decorre da resistência da recorrente em acolher as disposições legais por entendê-las inconstitucionais.

Não sendo esta a posição do Fisco, que entende constitucional tais disposições, e sendo competência legal de seus agentes realizarem o ato administrativo-tributário formador do título executivo necessário à atuação junto ao Poder Judiciário para realização da receita que considerada devida, impõe-se seja o crédito tributário constituído por essa via.

Então, tem-se, de um lado, na esfera do Judiciário, a resistência à pretensão do Fisco por parte da recorrente. De outro, a constituição do crédito tributário pela Administração Pública, cujos atos gozam de auto-executoriedade.

No caso concreto sob análise, tal executoriedade encontra-se suspensa em razão da ocorrência de duas circunstâncias estabelecidas em lei para geração de tal efeito: concessão

E.

1

de medida liminar em mandado de segurança e depósito judicial integral e tempestivo dos valores considerados pelo Fisco como devidos.

Constata-se aqui a lógica do sistema jurídico. De um lado a resistência do devedor a qual encontra-se sustentada por decisão judicial e garantia da dívida junto ao mesmo Poder Judiciário. De outro, o credor, de posse do título executivo legalmente constituído, porém desprovido de exigibilidade pelas proteções de que se valeu o devedor. Assim, tal relação de conflito, para findar, depende, unicamente da decisão final a ser proferida pelo único Poder da República competente para tal – o Poder Judiciário.

Essa a lógica do sistema jurídico que afasta qualquer manifestação por parte do julgador administrativo, quando a lide encontra-se sob o manto do Poder Judiciário. Dele há de vir a solução da lide e de nenhuma outra esfera de decisão.

Como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária e reproduzido pela recorrente (fl. 271) *“a lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si”*.

Ora, o juízo da adequação das normas infraconstitucionais aos quadrantes da Constituição da República é por ela mesma atribuído ao citado Pretório. Então, como poderia, qualquer autoridade não pertencente aos quadros da Magistratura imbuir-se de poderes para dizer se esta ou aquela norma é inconstitucional?

Portanto, não são oponíveis na esfera administrativa os argumentos de violação de princípios constitucionais pelas normas infraconstitucionais dado que ao julgador administrativo é defeso negar-lhes vigência. A adequação de tais leis aos comandos constitucionais, a juízo do interessado, deve ser buscado na via judicial, em razão de o direito brasileiro haver adotado o sistema da jurisdição una.

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.

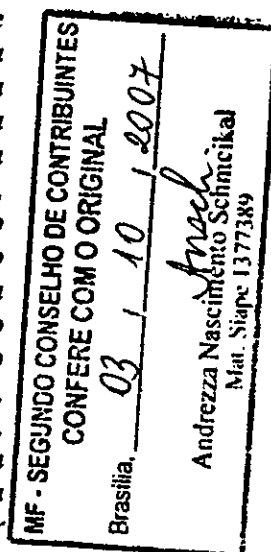
Abordando a questão do aferimento da validade constitucional da norma de direito, Celso Ribeiro Bastos¹ conforme precisamente as conclusões emanadas da própria Constituição Federal, *in litteris*:

“(...) 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,

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

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 reputa 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. A 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 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."



Portanto, por mais que a recorrente apresente nesta esfera seu inconformismo com a exigência tributária arrimada em norma que considera inconstitucional, não tem o julgador administrativo competência constitucional e legal para afastar a norma regularmente editada e vigente no ordenamento jurídico até que dele a afaste o Poder competente.

E mais, mesmo que isso ocorra, como de fato ocorre no momento em que se elabora o presente voto, de vez que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou definitivamente sobre a matéria, ainda assim, falece de competência o julgador administrativo para aplicar tal decisão aos autos, em decorrência da existência de ação judicial própria impetrada pela recorrente, na qual deverá ser proferido decisão que formará norma individual e concreta vinculando a ação das partes pelo Juízo competente.

Desse modo, deve ser mantida a decisão recorrida e não ser conhecido o mérito em face da opção pela via judicial por parte da recorrente.

(Handwritten signature)

(Handwritten mark)

Resta abordar a questão dos juros de mora insertos no auto de infração, os quais não compõem a lide judicial.

O autor do lançamento de ofício afirma no auto de infração a sua lavratura com a exigibilidade suspensa por duas razões: depósito integral dos valores devidos e a concessão de liminar em mandado de segurança.

Houvesse a proteção somente da liminar em mandado de segurança realmente seriam devidos os juros de mora, consoante comando do art. 161 do CTN que determina a sua aplicação qualquer que seja o motivo do não recolhimento.

Entretanto, o depósito judicial tempestivo e integral afasta, também, a exigência dos juros de mora, uma vez que a sua realização corresponde, para fins de adimplemento do tributo devido, ao recolhimento da exação como legalmente imposto.

Portanto, entendo devam ser excluídos os juros de mora lançados no auto de infração.

Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso voluntário, em parte, por opção pela via judicial e na parte conhecida dar provimento em parte para excluir os juros de mora.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2007.

Maria Cristina Roza
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	<u>03</u> / <u>10</u> / <u>2007</u>
<i>Anschi</i> Andrezza Nascimento Schmcikal Mat. Siape 1377389	