



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 27/02/03
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : SUPERMERCADO DAMASCO LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS.

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, NÃO CARACTERIZADO. Inexiste obscuridade na forma de cálculo e de aplicação da taxa Selic, quando consta do auto de infração demonstrativos claros e objetivos explicitando, mês a mês, o percentual dos moratórios, e, com absoluta transparência, a forma de aplicação e a legislação a eles pertinente.

Preliminar rejeitada.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. As instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de constitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO. A alegação de que a multa de 112,5 % é confiscatória, não pode ser apreciada por esta instância de julgamento, já que passaria por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, juízo esse de exclusiva competência do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. As leis que estipularam taxa de juros de mora diversa de 1%, encontram amparo no parágrafo primeiro do art. 161 do CTN, sendo que, qualquer análise da conformação deste arcabouço normativo com o figurino constitucional, foge da esfera de competência desta instância administrativa. É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da Selic.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPERMERCADO DAMASCO LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; e II) em negar provimento ao recurso, quanto ao mérito.**

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros, Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alyes Ramos, Sandra Barbon Lewis e Gustavo de Freitas Cavalcanti Costa (Suplente).



MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15 / 03 / 06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

Recorrente : SUPERMERCADO DAMASCO LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos em tela, adoto e transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

1. O contribuinte supracitado foi lançado de ofício devido a constatação de falta/insuficiência de recolhimento de COFINS no período de janeiro a dezembro de 1997, de março a novembro de 1999 e de janeiro a dezembro de 2000, conforme demonstrativos de fls.50 a 54, com multa agravada devido a falta de atendimento a intimação dentro do prazo solicitado, após sucessivas prorrogações. Resultou num crédito tributário de R\$ 42.057,52, conforme Auto de Infração, de fl.11, cientificado em 23/07/2001.
2. A legislação infringida consta de fls.12 e 13, compondo o Auto de Infração.
3. Inconformado, o contribuinte apresenta impugnação, de fls. 203 a 238. Nesta, começa solicitando a nulidade do lançamento devido a três questões preliminares: apuração de receitas por amostragem; não-observância do princípio da isonomia com as instituições financeiras e nulidade da intimação.
4. A Fiscalização teria procedido a apuração da receita através de amostragem, não apontando minuciosamente os quesitos que levaram a concluir o valor do faturamento e das receitas tributadas, bem como não levando em conta a sazonalidade das vendas e as condições gerais do contribuinte e da economia, traduzindo em abuso de poder e lesividade ao impugnante.
5. Também teria se apurado a base de cálculo da contribuição fundamentando-se no faturamento, quando o certo seria no lucro bruto, por isonomia às instituições financeiras, de forma a respeitar o princípio da igualdade/isonomia tributária.
6. Por sua vez, a ciência do Auto de Infração não foi feita na pessoa de um dos sócios, mais sim por um funcionário do contribuinte, que não seria legalmente habilitada para receber intimações pessoais em nome do contribuinte.
7. No mérito, assim definido pelo contribuinte, contesta a aplicação da multa de ofício no percentual de 112,50% (cento e doze vírgula cinqüenta por cento). Argumenta que uma multa é confiscatória, tendo como baliza o Código de Defesa do Consumidor (Lei 9.298/1996) e a Constituição Federal de 1934, quando superior ao percentual de 20% (vinte por cento), como a que foi aplicada no lançamento fiscal.
8. Outrossim, é confiscatória, também, porque contraria o art.150, inciso V, da Constituição Federal de 1988, bem como a outros princípios constitucionais como a capacidade contributiva, a capacidade econômica, a legalidade e a anterioridade.
9. Por sua vez, a cobrança da taxa de juros atualizada pela SELIC não poderia ocorrer porque esta tem caráter remuneratório, pertencente ao sistema financeiro nacional, devendo ser editada por lei complementar e não por lei ordinária.
10. Ademais, a taxa SELIC não teria natureza tributária, bem como seria um aumento disfarçada de tributo, afrontando o art.192,§3º da Constituição de 1988, que estabelece que os juros reais não podem ser superiores a 12%a.a. A citada taxá também acarretaria um bis in idem, pois tem natureza de taxa de juros (remuneratórios e moratórios) e de correção monetária.

11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>Loyari</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

11. Por fim, teria ocorrido a aplicação de multa de mora e de juros de mora sobre os mesmos fatos geradores, gerando bis in idem, pois ambos têm natureza compensatória/indenizatória. Além disso, a aplicação retro resultaria em anatocismo, sendo proibido pela Lei da Usura (Decreto 22.626/1933) e pela Súmula 121 do STF, conforme estaria consignado no demonstrativo matemático trazido pelo contribuinte.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou o entendimento adotado por meio da seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2000

Ementa: NULIDADE DO LANÇAMENTO – INOCORRÊNCIA - Não se configura a nulidade do lançamento quando este obedece a legislação de regência do tributo e não há enquadramento nas hipóteses do art.59 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, podendo o contribuinte exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa.

INCONSTITUCIONALIDADE - INAPRECIAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - A argüição de constitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente

Não conformada com o entendimento proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a contribuinte recorreu a este Conselho solicitando a reforma da decisão de primeira instância, para tanto, repisa os mesmos argumentos expendidos na impugnação.

É o relatório.

MM



Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>.../.../...</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Da Preliminar

Argüi a reclamante a nulidade do auto de infração por, supostamente, não haver a Fiscalização observado o artigo 11 do Decreto nº 70.235/1972.

Essa preliminar merece ser afasta, de plano, em razão destes autos tratarem de lançamento de ofício na modalidade de auto infração, cujos requisitos essenciais encontram-se discriminados no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, enquanto o art. 11 que supostamente teria sido espancado pelos autuantes, versa sobre os requisitos da notificação de lançamento, matéria alheia aos autos.

Esclareça-se, por oportuno, que diferentemente da notificação de lançamento, cuja competência para emitir-la é do Delegado da Receita Federal ou dos Inspetores de Classe Especial, o auto de infração não pode ser lavrado por essas autoridades fazendárias, por ser privativo de Auditores Fiscais da Receita Federal em exercício nos serviços, setores ou divisões de Fiscalização da Receita Federal.

Por outro lado, a suposta obscuridade na forma de cálculo e de aplicação da taxa Selic, não se confirma quando se analisa o auto de infração, pois, ao contrário do alegado pela defesa, o percentual, mês a mês, dos moratórios encontra-se explicitado, com absoluta transparência, no Demonstrativo de fls. 16/17. Demais disso, a forma de aplicação e a legislação pertinente encontra-se descritos, também nesse demonstrativo.

Há de esclarecer-se que a variação mensal da Selic é publicada mensalmente pelo Banco Central do Brasil, por meio do Comitê de Política Econômica do Banco Central – COPOM e divulgado por todos os jornais de grande circulação do País, no Diário Oficial da União e nas Páginas do Banco Central e da Receita Federal na Internet. Daí, ser possível afirmar, com certeza, que qualquer pessoa, minimamente informada, tem condições de saber a taxa de Juros Selic, incidente nos débitos e nos créditos de natureza fiscal.

Diante disso, não há razão alguma para acolher essa preliminar de nulidade, porquanto o alegado de cerceamento de direito de defesa fundado em suposta obscuridade do auto de infração não se sustenta diante de demonstrativos claros e objetivos acostados aos autos pela Fiscalização para arrimar a exigência fiscal.

Do Mérito

Melhor sorte não merece os argumentos da recorrente sobre a suposta ofensa ao princípio da isonomia, já que não fora dado à reclamante tratamento isonômico com as instituições financeiras. Segundo a reclamante:

No caso concreto, a Lei 9.718/98 e a MP 1858-6/99, instituíram itens de redução da Base de Cálculo do PIS e da COFINS, sem alterá-la, para as Pessoas Jurídicas que se encontram em idêntica situação. Referida norma estabelece que, enquanto as instituições financeiras, cooperativas e empresas de seguro e previdência privada têm o Lucro Bruto



Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/86
<i>lony</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

como Base de Cálculo do PIS e COFINS, as demais Pessoas Jurídicas de Direito Privado, a base de cálculo é o Faturamento.

Como bem observado pela decisão recorrida, os argumentos de defesa versando sobre ilegalidade ou constitucionalidade das normas não podem ser apreciados na esfera administrativa, porquanto ser a análise dessa matéria prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, como será demonstrado a seguir:

Para começar este tema, faremos um breve passeio na história do controle de constitucionalidade.

O mundo conhece hoje, no dizer ¹Cappelletti, dois grandes tipos de sistemas de controle da legitimidade constitucional das leis:

O “sistema difuso”, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que os exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

O “sistema concentrado”, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário.

O primeiro deles, o difuso, é também conhecido como sistema de controle do tipo americano, em razão da percepção equivocada de alguns constitucionalistas de que esse sistema tenha sido inaugurado pelos norte americanos no famoso caso *Marbury versus Madison*, em 1803. O segundo, o concentrado, também pode ser denominado, agora com razão, de sistema austríaco de controle, ou ainda como sistema europeu, porquanto foi inaugurado na Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920, redigida com base em projeto elaborado pelo Mestre da Escola Jurídica de Viena, o grande Hans Kelsen.

No Brasil, até a promulgação da Constituição da República de 1891, não existia qualquer controle Judicial de Constitucionalidade. Por influência do jacobinismo parlamentar francês e da idéia inglesa da supremacia do parlamento, o Constituinte de 1824 outorgou ao Poder Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição (art. 15, itens 8º e 9º).

Nesse sistema, não havia lugar para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade. Consagrava-se, assim, o dogma da soberania do Parlamento.

Com a adoção do regime republicano em 1889, os ventos da mudança também sopraram no sistema ²jurídico brasileiro, sobretudo, no que concerne ao papel a ser exercido pelo Poder Judiciário. A Constituição Republicana de 1891 adotou o sistema norte americano, defendido entusiasticamente por Rui Barbosa, personagem principal na elaboração da Carta.

A Constituição de 1934 trouxe uma figura nova no controle brasileiro de constitucionalidade, a ADIn Interventiva, que deveria ser proposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, contra lei ou ato normativo estadual que

¹ M. CAPPELLETTI, O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, 2ª ed, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre 1992, p 67 ss.

² O Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só interviria em espécie e por provocação da parte.



Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

violassem a Constituição Federal. Essa ADIn intervintiva inseriu no nosso ordenamento jurídico um tímido sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, inseriu, de forma clara, o controle concentrado, mas restrito em às pessoas legitimadas a propor a ação de inconstitucionalidade. Somente com a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 é que se consagrou, de forma ampla, o sistema de controle concentrado, também denominado sistema abstrato ou do tipo europeu. Desde então, o Brasil passou a conviver harmonicamente com os dois tipos de controle, o concentrado e o difuso.

Deixemos de lado o sistema europeu, para voltarmos ao que, de fato, interessa ao nosso tema, o controle difuso, que, como dito linhas acima, alguns constitucionalistas apressados atribuíram sua origem à famosa decisão da Suprema Corte norte americana, prolatada em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, cuja sentença foi redigida pelo juiz John Marshall, que fixou, por um lado, aquilo que ficou conhecido como a supremacia da constituição e, por outro, o poder-dever dos juízes negarem aplicação às leis contrárias à constituição. Para se chegar àquela decisão, Marshall partiu do seguinte raciocínio: ou a constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o Poder Legislativo pode mudá-la por meio de lei ordinária. Não há meio termo, asseverou o Chefe da Suprema Corte, ou a constituição é uma lei fundamental superior e não mutável por dispositivos ordinários, ou seja, é rígida; ou ela é colocada em pé de igualdade com os atos legislativos ordinários, portanto, flexível, e, por conseguinte, pode ser alterada sem qualquer entrave pelo Poder Legislativo. Todavia, se é correto a primeira alternativa, e assim concluiu Marshall, um ato do legislativo contrário à constituição não é lei, é nulo, é como se não existisse.

Ao proclamar a prevalência da constituição sobre os demais atos legislativos e reconhecer o poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, a Suprema Corte Americana, não só inaugurou no mundo moderno o sistema judicial de controle de constitucionalidade, mas, sobretudo, rompeu com o dogma da supremacia do Poder Legislativo, que vige até hoje na Inglaterra e nos demais países que adotam constituições flexíveis.

Os fundamentos da inovadora e corajosa decisão da Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*, já haviam sido muito bem delineados por Alexander Hamilton em sua obra-prima *The Federalist*, e partiu do seguinte raciocínio:

a função de todos os juízes é a de interpretar as leis e aplicá-las ao caso concreto submetido a seu julgamento;

a regra básica de interpretação das leis determina que quando dois dispositivos legislativos estiverem contrastando entre si, deve o juiz aplicar a prevalente. Se ambas tiverem igual densidade normativa, deve-se valer dos critérios tradicionais, segundo os quais: lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali, etc. Mas todos esses critérios são desnecessários quando o contraste dá-se entre dispositivos de densidade normativa diversa, aí, o critério é o da lex superior derogat legi inferiori. Neste caso, a norma constitucional prevalecerá sempre sobre a lei ordinária, quando a constituição for rígida e não flexível. Do mesmo modo, a lei prevalecerá sempre sobre os decretos.

De tudo o que foi exposto, a conclusão óbvia é no sentido de que todo e qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir uma lide onde seja relevante ao caso uma lei ordinária



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>donor</i>
VISTO

2º CC-MF
FL.

que contrasta com a constituição, deve preservar a Carta Magna e não aplicar a norma de menor hierarquia.

Vejamos agora como é dividido o controle de constitucionalidade no Brasil.

Quanto ao momento de sua realização, o controle é dividido em preventivo e repressivo, o primeiro realizado durante o processo legislativo e, o segundo, após a entrada em vigor da lei.

O preventivo é exercido, inicialmente, pelas Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo (art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara Federal e art. 110 do Regimento Interno do Senado Federal, todos fundamentados no art. 58 da CF/88) e, posteriormente, pela participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, quando poderá vetar a lei aprovada pelo Congresso Nacional por entendê-la inconstitucional, nos termos do art. 66, §1º, da CF/88, denominado voto jurídico.

Por sua vez, se o projeto de lei é de iniciativa do Poder Executivo, ou se se trata de Medida Provisória, há, ainda, além dos controles de constitucionalidade acima mencionados, o realizado previamente, no âmbito do Poder Executivo, pela Casa Civil da Presidência da República, por força do estatuído no art. 2º da Lei nº 9.649, de 27/05/1998, que assim dispõe:

Art. 2º À Casa Civil da Presidência da República compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação e na integração das ações do governo, na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais, ... (grifo nosso).

O repressivo, por sua vez, poderá se dar de maneira concentrada, por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, competindo em ambos os casos, somente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar tais ações, conforme dispõe a alínea "a" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Pode ainda o controle repressivo dâ-se de forma difusa, ou seja, como incidente processual, no julgamento de casos concretos.

Depois de tudo o que aqui foi dito, pergunta-se:

- podem os órgãos judicantes da administração afastarem a aplicação de lei inconstitucional?
- podem esses órgãos afastarem a aplicação de lei que entenderem inconstitucional ou incompatível com a constituição?

... A resposta à primeira pergunta é positiva, pois a lei inconstitucional, como bem asseverou Marshal, não é lei, é ato nulo. Por conseguinte, não obriga, não vincula ninguém.

Já a resposta à segunda pergunta é negativa, pois da interpretação sistemática da Constituição Federal (especialmente dos seus artigos: 97; 102, III, "a" e "c"; e 105, II, "a" e "b"), tem-se que a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade é exclusiva do Poder Judiciário e estendida a todos os seus componentes.

Nesse sentido, valiosas são as palavras do ex-Procurador-Geral da República e Professor Titular da Universidade de Brasília, Dr. Inocêncio Mártires-Coelho, conforme



MIN. DA FAZENDA - 2º C.
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>Boa</i>
VISTO

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

elucidativo artigo por ele publicado na Revista Jurídica Virtual (nº 13) da Presidência da República, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

...Nessa linha de raciocínio - que ousaríamos chamar fática, livre e realista - e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século XX, pode-se dizer, igualmente, que sem aquela declaração de incompatibilidade, proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferi-lhes a constitucionalidade, norma alguma poderá reputar-se inconstitucional; e que, finalmente, enquanto não for anulada - e nos limites em que o seja - toda lei é simplesmente constitucional... (grifo nosso)

Por tais razões, pode-se concluir, que, não tendo a Constituição Federal de 1998 dado competência a órgãos da administração para efetuarem o controle repressivo de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional, pois competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela constituição.

No mesmo sentido, é a lição de Lúcio Bittencourt³ a respeito da incompetência dos órgãos do Poder Executivo para afastar a aplicação de uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade:

É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade. É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do Texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.

Oscar Saraiva entende que o julgamento da inconstitucionalidade é privativo do Judiciário, porque, se este cabe, por força de preceito expresso, a função em aprêço, nenhum dos outros poderes tem competência para exercê-la 'sob pena de se confundirem as atribuições destes, o que a nossa Constituição veda, ao prescrever a sua separação e independência'. Não acolhemos, todavia, esse entendimento do culto e esclarecido jurisconsulto, que se choca, aliás, com a opinião unânime dos doutores. Damo-lhe razão, apenas nega aos funcionários administrativos competência para se recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do poder executivo. (sic)

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário como também fere de morte um dos princípios norteadores da administração pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei está reconhecendo sua constitucionalidade.

Em face do exposto, parece-nos equivocada a afirmação daqueles que pregam que: *se a administração é vinculada aos ditames da lei, muito mais será aos da Lei Maior, logo*

³ Bittencourt, Lúcio - O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, Forense, 1968, 2º edição, págs.91 a 96.



Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA	CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06	<i>Doniz</i>
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

pode negar aplicação à lei manifestamente *inconstitucional*. Rotundo engano, pois, primeiro, milita a favor de todas as leis a **presunção de constitucionalidade**; segundo, mesmo sendo uma presunção *juris tantum*, só ao órgão legitimamente indicado pela Constituição Federal como competente para exercer o controle de constitucionalidade cabe desconstituir a presunção.

Pertinente trazer à colação as conclusões de Lúcio Bittencourt sobre o tema, na obra já citada:

A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei - não se presume lei - é para todos os efeitos. Submete ao seu império todas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela força formal que a torna irrefragável, segundo a expressão de Otto Mayer.

Aliás, em relação à lei, ocorre ainda situação diversa da que se manifesta no tocante aos atos jurídicos públicos ou privados, e que reforça a idéia de sua eficácia enquanto não declarada por via jurisdicional. É que, em relação a ela, existe o princípio da obrigatoriedade, que constitui, dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica.

Sendo a lei obrigatoria, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fôsse furtar-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatoria. (sic)

Ainda sobre o tema, são valiosos os ensinamentos do festejado constitucionalista Luís Roberto Barroso⁴:

*A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema. O descumprimento ou não-aplicação da lei, sob o fundamento de *inconstitucionalidade*, antes que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco. (grifo nosso).*

A meu sentir, é imperioso reconhecer que no Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a *inconstitucionalidade* pelo Jurisdicional, seja com efeitos *erga omnes* no controle concentrado de constitucionalidade, seja com efeito *inter partes* no controle difuso, a lei goza de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, é válida e tem aplicação cogente em todo o território nacional.

A declaração incidental de *inconstitucionalidade* de lei é ato de tamanha gravidade, que, desde a Constituição Federal de 1934, há exigência expressa de reserva de plenário para que os tribunais exerçam o controle difuso de constitucionalidade. Por essa regra, suscitado o incidente de *inconstitucionalidade* por um dos membros do tribunal, suspende-se o julgamento do processo e remete-se a questão incidental para o pleno ou órgão que o represente. A *inconstitucionalidade* somente será declarada por voto da maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 97, da Seção I do Capítulo III - Do Poder Judiciário - do Título IV - Das

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: ed. Saraiva, 3º edição, pp 170 e 171.



MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>Rego</i>
VISTO

2º CC-MF
FL.

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

Organizações dos Poderes da CF/88). Essa exigência veio para uniformizar a interpretação constitucional no âmbito de cada tribunal. E como se processaria o incidente de inconstitucionalidade no processo administrativo, já que, diferentemente do que ocorre nos tribunais do Judiciário, nos administrativo não há a previsão para tal. Aliás, não poderia mesmo haver, pois, conforme já fartamente demonstrado, órgão nenhum da administração tem poderes para exercer o controle difuso de constitucionalidade.

Ora, se para os tribunais do Judiciário é exigida a reserva de plenário, como então, querer que os órgãos judicantes da administração, por suas turmas ou Câmaras, possam exercer o controle de constitucionalidade. Se assim fosse possível, a esfera administrativa estaria investida de mais poder do que o próprio Judiciário. E o que dizer, então, da impossibilidade de a Fazenda Nacional recorrer ao Supremo Tribunal Federal quando a instância administrativa julgar determinada lei inconstitucional, o que não ocorre quando o controle é feito no Judiciário.

Veja-se ao absurdo a que chegariam: se determinada lei fosse declarada inconstitucional em controle difuso, a questão, se as partes forem diligentes, iria ser decidida, em última instância, pelo STF. Agora reparem, se a inconstitucionalidade fosse apontada na esfera administrativa, a questão sequer chegaria a ser discutida no Judiciário, que dirá no Supremo Tribunal Federal. Com isso, a decisão administrativa teria mais força do que a de todos os outros órgãos do Poder Judiciário, à exceção do Supremo. Em outras palavras, em matéria de inconstitucionalidade, a Câmara Superior de Recursos Fiscais estaria alçada no mesmo patamar do STF, pois da decisão que declarasse alguma lei inconstitucional, assim como ocorre no STF, não caberia qualquer recurso.

De tudo o que foi dito, resta concluir que falece aos órgãos judicantes da Administração competência para afastar a aplicação de lei ainda vigente. Missão atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário.

Aqui cabe um breve comentário sobre o princípio da isonomia bradado pela defesa. Segundo esse princípio todos os que se encontram na mesma situação devem ser tratados da mesma forma, diversamente, os que se encontram em desigualdade perante os demais devem ser diferenciados, em outras palavras, igualdade para os iguais, desigualdade para os desiguais, na medida de suas diferenças. Sobre esse princípio, Rousseau, ungido na filosofia aristotélica, afirmava que tratar igualmente os desiguais era tão injusto quanto tratar desigualmente os iguais. Esse ensinamento foi um dos pilares da Revolução Francesa, talvez a maior de suas bandeiras. Tanto é que a grande maioria dos povos ocidentais, a partir do histórico 14 de Julho, hasteou essa bandeira no topo de suas cartas políticas, principalmente, as republicanas. No Brasil não foi diferente, pois desde a Constituição de 1891 o princípio da igualdade, tal qual idealizado por Rousseau, tem figurado com destaque em nossa Lei Maior.

Voltando ao caso em análise, a comparação feita pela defesa para demonstrar a ofensa ao princípio da isonomia, prova exatamente o contrário, pois, as pessoas por elas citadas não se encontram na mesma situação, daí a necessidade de tratá-las desigualmente na medida de suas desigualdades. Veja-se que uma cooperativa de produtores não está na mesma condição de um grande supermercado. Uma instituição financeira, por suas atividades, não pode ser comparada a uma cooperativa ou a um supermercado. Em assim sendo, a lei não vulnerou o princípio da isonomia quando tratou desigualmente os desiguais.



Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>204</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Merce registro o fato de que a contribuição para a Cofins, no período fiscalizado, tinha por base de cálculo o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Posteriormente, o art 3º da Lei nº 9718/98 determinou que o faturamento seria considerado como receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida como sendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O conceito do que venha a ser receita é dado pela legislação do imposto de renda da pessoa jurídica, que também define as características dessa terminologia. Por ser de inegável importância para o exame do tema, será transscrito o artigo 279 do ⁵Regulamento do Imposto de Renda de 1999, cuja matriz legal é o artigo 44 da Lei nº 4.506, de 1964, com a redação dada pelo artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia.

Segundo Sergio de Iudícibus e José Carlos Marion in "Dicionário de Termos de Contabilidade", São Paulo, Editora Atlas S.A, 2001, pág. 124 e 169, o lucro operacional bruto é conceituado como sendo a "diferença entre a receita de vendas menos suas deduções e o custo daquilo que tenha sido vendido", e a receita bruta é conceituada como sendo "o valor monetário, em determinado período, da produção de bens e serviços da entidade, em sentido lato, para o mercado, no mesmo período, validada, mediata ou imediatamente pelo mercado, provocando acréscimos de patrimônio líquido e simultâneo acréscimo de ativo, sem necessariamente provocar, ao mesmo tempo, um decréscimo do ativo e do patrimônio líquido, caracterizado pela despesa" ou, ainda, "expressão monetária conferida pelo mercado à produção de bens e serviços da entidade, em sentido amplo, em determinado período. Em geral, pode-se dizer que é a expressão monetária, validada pelo mercado, do agregado de bens e serviços da entidade, em sentido amplo (em determinado período de tempo), e que provoca um acréscimo concomitante no ativo e no patrimônio líquido, considerado separadamente da diminuição do ativo (ou do acréscimo do passivo) e do patrimônio líquido provocados pelo esforço em produzir tal receita." (grifo nosso).

Depreende-se destes conceitos que não estão excluídos da receita bruta os custos incorridos nas compras de mercadorias que posteriormente serão revendidas com lucro ao consumidor final, como deseja a corrente. Acaso fosse efetuada a exclusão pleiteada estar-se-ia tributando o lucro operacional bruto e não a receita bruta, como determina a lei.

Em suma, a base de cálculo da Cofins é o valor do faturamento mensal (receita bruta), assim entendida as receitas auferidas na venda de mercadorias, serviços e serviços e mercadorias, no conceito da Lei Complementar nº 70/1991, e, posteriormente, no da Lei nº 9.718/98, a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade exercida pelo contribuinte e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas, admitidas, nos dois casos, apenas as exclusões e deduções previstas na legislação em vigor.

De todo o exposto, vê-se que, licitamente, não há como excluir da base de cálculo da contribuição valores relativos aos custos e tributar, apenas, o lucro como pretendido pela reclamante, porquanto, tal pretensão não encontra amparo legal.

⁵ Decreto 3.000/99



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/06
<i>anony</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

No que pertine à multa aplicada, as razões de defesa não procedem, pois a aplicação da penalidade cominada em lei não é atividade discricionária, sendo, antes, obrigatória e vinculada, não podendo a autoridade fiscal deixar de aplicá-la, em se configurando a situação tipificada no texto legal, sob pena de responsabilidade funcional.

A situação fática apresentada nos autos subsume exatamente a hipótese prevista na legislação – falta de recolhimento espontâneo do tributo por homologação – que enseja o lançamento de ofício e sujeita o contribuinte ou responsável, por força do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, à aplicação de multa de ofício correspondente a 75% da obrigação tributária não satisfeita. Todavia, como o sujeito passivo não atendeu nos prazos legais as intimações para prestar informações ou entregar os documentos solicitados pelo autuantes, a multa, por força do 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, passa a ser majorada e o percentual de 75% é elevado para 112,5%.

Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

§ 2º Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente. (Alterado pela Lei nº 9.532, de 10.12.97)

Agiu, pois, corretamente, a fiscalização ao aplicar a multa prevista na lei tributária específica.

Os argumentos de que a multa lançada representaria confisco não serão aqui debatidos, pois a discussão convergiria, necessariamente, para a análise da constitucionalidade da lei que fixara o percentual da multa aplicável, matéria alheia à competência das instâncias administrativas. Revelando-se estéril qualquer discussão aqui sobre esse tema.

Quanto aos juros de mora, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especificam. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996.

Dessa feita, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vínculo ao ato de lançamento no qual formalizou-se o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

No tocante aos argumentos da defesa concernente à afronta da legislação pertinente aos juros moratórios exigidos no auto de infração a mandamentos constitucionais, à norma geral prevista no Código Tributário Nacional e ou ao Código de Defesa do Consumidor,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC

CONFERE COM O ORIGINAL

BRASÍLIA 15/03/06

[Handwritten signature]

VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11051.000315/2001-67
Recurso nº : 129.390
Acórdão nº : 204-00.465

não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Carta Magna.

Por último, cabe esclarecer que não houve concomitância entre multa de mora e de ofício ou entre multa de mora e juros de morar, simplesmente porque o lançamento não trata de multa moratória. Daí, ser completamente improcedentes as alegações de defesa sobre *Bis in idem*. Improcedentes são também os argumentos de defesa sobre inscrição no CADIN, pois esta matéria transborda os limites subjetivos da lide, já que a controvérsia gira em torno da exigência fiscal e não sobre os efeitos que podem advir de eventual inadimplemento futuro, por parte da autuada, da obrigação tributária ora em exame.

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES