



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 15 / 06 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

Recorrente : COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

COFINS. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DAS LEIS.

Nos termos do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente em razão de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nos casos expressos no referido ato normativo.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A opção pela via judicial afasta a análise sobre o mesmo objeto pelas instâncias julgadoras administrativas.

JUROS DE MORA.

O art. 161, § 1º, do CTN, ao disciplinar sobre os juros de mora, ressalvou a possibilidade da lei dispor de forma diversa, e a Lei nº 9.430/96 assim o fez ao estabelecer a taxa Selic. A EC nº 40/2003 revogou o § 3º do art. 192 da Constituição Federal.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso quanto às alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade e quanto à matéria submetida ao Judiciário; e II) em negar provimento ao recurso quanto aos juros de mora calculados com base na taxa Selic. Declarou-se impedido de votar o Conselheiro Antonio Mario de Abreu Pinto.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2003.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Serafim Fernandes Corrêa, Roberto Velloso (Suplente), Hélio José Bernz e Rogério Gustavo Dreyer.



Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

Recorrente : COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS

RELATÓRIO

Companhia Brasileira de Bebidas, devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do Recurso de fls. 288/327, contra o Acórdão nº 1.339, de 13/08/2002, prolatado pela 9ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, fls. 265/272, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de Cofins, fls. 151/154.

Por bem descrever o processo, adoto como minhas as palavras do relatório da decisão recorrida, que abaixo transcrevo:

“Em ação fiscal levada a efeito em face do contribuinte acima identificado foi apurada falta de recolhimento da contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, relativa aos fatos geradores ocorridos entre fevereiro de 1999 e outubro de 2001 (com exceção de dezembro de 2000), razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 151 a 154, integrado pelos termos, demonstrativos e documentos nele mencionados, com o seguinte enquadramento legal: art. 77, inciso III, do Decreto-lei nº 5.844/1943; art. 149 da Lei nº 5.172/1966; art. 1º da Lei Complementar nº 70/1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/1999 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/1999 e suas reedições.

2. Conforme descrito no ‘Termo de Constatação Nº 04’ de fls. 142 a 144, o contribuinte impetrou, em 08.04.1999, o Mandado de Segurança nº 1999.61.00.015220-9, distribuído à 11ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, no qual foi deferida medida liminar, em 12.04.1999, autorizando a apuração da Cofins com a base de cálculo prevista no art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, afastando-se a aplicação do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998. A decisão, porém, ressalva que deve ser aplicada a alíquota de 3%, prevista na referida Lei, para a apuração da contribuição. Posteriormente, foi proferida sentença consagrando o mesmo entendimento já manifestado na medida liminar. Posteriormente, os autos foram encaminhados ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para julgamento do recurso interposto. Os documentos de fls. 140 e 141 atestam que foi negado provimento à apelação da impetrante, bem como à apelação da União Federal e à remessa oficial, de sorte que a sentença de primeira instância foi mantida. Não há, contudo, certificação de trânsito em julgado do acórdão. Destarte, considerando que com base no provimento jurisdicional obtido o contribuinte deixou de incluir receitas tributáveis (financeiras) na base de cálculo da Cofins, a autoridade autuante, com o objetivo de prevenir a decadência, constituiu o crédito tributário correspondente à diferença apurada, ressaltando expressamente que sua exigibilidade está suspensa. Além disso, não foi aplicada multa de ofício, por conta do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/1996.

3. O crédito tributário lançado, composto pela contribuição e pelos juros de mora calculados até a data da autuação perfaz o total de R\$ 15.466.532,69 (quinze milhões quatrocentos e sessenta e seis mil quinhentos e trinta e dois reais e sessenta e nove centavos).

4. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 26.04.2002, o contribuinte protocolizou, em 27.05.2002, a impugnação de fls. 157 a 199, acompanhada dos documentos de fls. 200 a 257, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:



Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

4.1. Preliminarmente, não é cabível a alegação de que, em razão da ação judicial promovida pela Impugnante, houve renúncia à via administrativa, já que foi a própria Administração quem optou por esta via. Há, inclusive, jurisprudência administrativa corroborando tal entendimento. Ademais, ainda que se entendesse de outra forma, a presente impugnação deve ser conhecida, tendo em vista que são discutidos aspectos não submetidos à apreciação jurisdicional, tal como a ilegalidade na utilização da Selic como juros de mora.

4.2. Ainda como preliminar, é competente a autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade, já que a divisão de funções entre os Poderes não é estanque, sendo admissível que um destes exerça funções típicas de outro. No caso, o Poder Executivo exerce atividade jurisdicional quando controla a constitucionalidade de seus atos. A competência para apreciar a legalidade do lançamento tem como corolário a necessidade de cotejamento das leis com a Constituição Federal. Tal entendimento foi acolhido pelo Plenário das Câmaras do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo nos autos do processo administrativo SF nº 2.173/1995.

4.3. Quanto ao mérito, o conceito de receita bruta é definido na legislação do imposto de renda como aquela auferida em razão da venda de bens e serviços (Decretos-leis 1.598/1977, 2.397/1987 e Lei 8.981/1995), sendo que o Supremo Tribunal Federal equiparou o conceito de faturamento ao de receita bruta, conforme constata-se no acórdão proferido nos autos do RE 150.755-1/PE. Assim, o art. 3º da Lei nº 9.718/1998 distorceu o conceito de faturamento, definindo-o como toda a receita da pessoa jurídica, em afronta aos artigos 108 e 110 do Código Tributário Nacional. Destarte, tendo em conta que, consoante o art. 195, inciso I, da Lei Maior, a Cofins deve incidir sobre o faturamento das empresas, é de se concluir que a Lei 9.718/1998 extrapolou a competência constitucional, sobretudo em razão do entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal de que os conceitos fixados na Constituição Federal devem ser interpretados levando-se em conta seu sentido técnico.

4.4. Tendo como certo que a Lei 9.718/1998 extrapolou a competência prevista no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, é de se concluir que o novo diploma legislativo resultou na instituição de nova fonte de custeio da seguridade social. No caso, porém, a Lei está viciada, já que não foram observados os requisitos previstos no art. 195, § 4º e 154, inciso I, da Lei Maior. Em outras palavras, a instituição de nova fonte de financiamento da seguridade social deve ser feita por meio de lei complementar.

4.5. A Emenda Constitucional nº 20, publicada em 16 de dezembro de 1998, não teve o condão de sanar os vícios da Lei 9.718/1998, já que esta foi publicada em 28 de novembro de 1998. Assim, à época da publicação da Lei 9.718/1998 a dicção do art. 195, inciso I, da Constituição Federal ainda não havia sido alterada, de forma que não havia competência para instituir contribuição social sobre receitas com base no referido dispositivo. A constitucionalidade da lei deve ser aferida no momento de sua edição. A Emenda Constitucional nº 20 não contempla disposição que determine efeitos retroativos. Aliás, seu art. 12 deixa claro que seus efeitos serão futuros. É descabida, ainda, a alegação de que a Lei 9.718/1998 foi convalidada pela Emenda Constitucional nº 20 por ter incidido sobre fatos geradores ocorridos somente a partir de fevereiro de 1999, em razão da anterioridade nonagesimal. Com efeito, se o Congresso Nacional não tinha competência para instituir a contribuição à época da edição da Lei, tampouco poderia ser iniciada a contagem do prazo de anterioridade nonagesimal. A Emenda Constitucional nº 20, aliás, ao definir que poderá ser instituída contribuição social sobre a receita ou o faturamento da empresa, não fez senão confirmar que os conceitos de



Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

receita e de faturamento são diversos, de modo que a pretensa equiparação promovida pela Lei 9.718/1998 é inconstitucional. Há, inclusive, farta jurisprudência acolhendo a inconstitucionalidade das alterações promovidas por este diploma normativo na sistemática de apuração da Cofins.

4.6. São inconstitucionais também as disposições do art. 8º da Lei 9.718/1998 que determinam a apuração da Cofins com base na alíquota de 3%, facultando à pessoa jurídica a compensação de um terço da Cofins devida com a contribuição social sobre o lucro devida no mesmo período de apuração, sendo vedada a restituição ou compensação da Cofins ou contribuição social sobre o lucro apuradas em períodos subsequentes. Estes preceitos ofendem os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, pois é eleito como fator de discriminação a existência ou inexistência de lucro, tendo em vista que só as empresas lucrativas terão a possibilidade de efetuar a compensação mencionada. Tal critério de discriminação é ofensivo aos mencionados princípios, já que não guarda qualquer relação lógica com a situação das empresas que devem pagar ou podem compensar. O único critério admissível para a distinção seria a existência ou não de receita tributável pela Cofins. Além disso, o pagamento da Cofins com base na alíquota de 3% apenas pelas empresas que apuram prejuízos afronta o princípio da capacidade contributiva, pois a maior carga tributária é atribuída àquele dotado de menor capacidade para suportá-la. Por outro lado, as disposições do art. 8º da Lei 9.718/1998 criam na prática alíquota progressiva para a contribuição social sobre o lucro a pagar, em razão das diferentes margens de lucro das empresas. Tal progressividade não encontra amparo no texto constitucional. Assim, requer a Impugnante que seja autorizada a compensação do crédito consubstanciado no recolhimento da Cofins que exceder o devido com base na alíquota de 2% com outros tributos, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/1996. Aliás, a propósito da pretendida compensação, as disposições do art. 8º da Lei 9.718/1998 podem ser entendidas como antecipação da contribuição social sobre o lucro a pagar que, caso se revele indevida posteriormente, deve obrigatoriamente ser restituída. Neste caso, o valor antecipado deve ser restituído por meio da compensação instituída pelo art. 74 da Lei nº 9.430/1996, independentemente da existência de lucro, e, conseqüentemente, de contribuição social a pagar no mesmo período de apuração da antecipação, sob pena de se estar tributando um lucro que não existe. A majoração da alíquota da Cofins pode, ainda, ser entendida como contribuição social sobre o prejuízo das empresas, já que o fato gerador é a existência de prejuízo no mesmo período de apuração da Cofins. Tal interpretação é autorizada pelo art. 4º do Código Tributário Nacional, que faz depender a natureza jurídica específica do tributo apenas de seu fato gerador. Entendendo-se a majoração da alíquota da Cofins como instituição de contribuição social sobre o prejuízo, é de se concluir pela sua inconstitucionalidade em razão do descompasso entre seu fato gerador e a competência prevista no art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Tampouco pode-se concluir que houve exercício de competência residual, já que para tanto seria necessária sua veiculação por lei complementar.

4.7. A Lei 9.718/1998 desrespeitou o disposto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, já que seu art. 17 determinou a incidência dos arts. 2º a 8º já para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999. Ora, tendo em conta que a referida Lei foi publicada em 28 de novembro de 1998, em 1º de fevereiro de 1999 apenas 63 dias de anterioridade foram respeitados. Nem se alegue que tal falha foi sanada pela Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998, pois a Lei 9.718/1998 não resultou de sua conversão em lei.

[Assinatura]



Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

4.8. Os valores exigidos a título de juros de mora com base na taxa Selic superam o limite estabelecido no § 3º do art. 192 da Lei Maior. Ademais, a correção monetária deixou de existir em 1º de janeiro de 1995, por força do art. 84 da Lei 8.981/1995, de forma que a taxa Selic, por corresponder não apenas à remuneração do capital, mas também à correção das depreciações sofridas pela moeda, não poderia ser aplicada. Também o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que contempla juros de mora de 1%, salvo se lei dispuser de modo diverso, foi violado pelo art. 13 da Lei 9.065/1995, que autorizou a utilização da Selic para fins de cálculo de juros moratórios, já que só a lei poderia alterar o percentual dos juros fixados pelo CTN e a Selic representa outorga sem limites ao Governo Federal da possibilidade de manipular o índice a ser utilizado para cálculo dos juros moratórios. A impossibilidade de utilização da taxa Selic para tal finalidade foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que deve ser aplicada a taxa de 1% prevista no Código Tributário Nacional.

4.9. Por fim, requer a Impugnante que seja cancelado o Auto de Infração lavrado."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR manteve o lançamento, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2000, 01/01/2001 a 30/10/2001

Ementa: COFINS - MANDADO DE SEGURANÇA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - LEI 9.718/1998 - INCONSTITUCIONALIDADE - SELIC

Em face da existência de decisão judicial não transitada em julgado determinando a apuração da Cofins de acordo com a base de cálculo prevista na Lei Complementar nº 70/1991 e com aplicação da alíquota prevista no art. 8º da Lei 9.718/1998, cabe à autoridade administrativa constituir o crédito tributário de acordo com o previsto na Lei 9.718/1998 para prevenir decadência, com a expressa ressalva de que sua exigibilidade está suspensa e deixando de aplicar multa de ofício, conforme prescrito pelo art. 63 da Lei nº 9.430/1996. As alegações de inconstitucionalidade e/ou invalidade de lei legitimamente incorporada ao ordenamento jurídico pátrio não podem ser apreciadas na via administrativa, já que a competência para tanto é exclusiva do Poder Judiciário. Selic exigida nos termos da lei.

Lançamento Procedente".

Ciente da decisão de primeira instância em 3/9/2002, fl. 274 (verso), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 3/10/2002, onde repisa os mesmos argumentos aduzidos na impugnação.

A instância foi garantida pelo processo de arrolamento de bens nº 10880.003826/2003-77, consoante o disposto às fls. 391/392.

É o relatório.



Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Inicialmente, cumpre esclarecer à recorrente que, ao contrário do que ela almeja, é defeso a este Colegiado apreciar a constitucionalidade das leis, devendo, tão-somente, aplicá-las de forma harmônica com o ordenamento jurídico vigente, enquanto não retiradas do mundo jurídico pelo órgão competente.

Neste sentido, destaco o disposto no art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, com as alterações da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, *verbis*:

"Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II – objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III – que embasem a exigência do crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

Aliás, mesmo antes da Portaria MF nº 103/2002, a doutrina já não era pacífica a este respeito, segundo observa DEJALMA DE CAMPOS¹:

"Para alguns autores a matéria é da competência exclusiva do Judiciário. Não só as leis mas especialmente os decretos executivos, ainda que ao arripio da Lei Magna, devem ser integralmente cumpridos pelos Conselhos, enquanto não revogados ou fulminados pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta aí uma das maiores limitações dos órgãos judicantes administrativos. Integrando a pública administração, mas dela independendo de modo assaz relativo; a Justiça tributário-administrativa assegura obrigatoriamente a aplicação de textos, ainda quando espúrios.

Outros autores assim não entendem e acompanham o ponto de vista de Gastão Luiz Lobo D'Eça, pois no exercício de sua competência o Conselho de Contribuintes pode conhecer e decidir de recurso em que se argui a inconstitucionalidade da exigência fiscal mantida pela decisão recorrida."

¹ Dejalma de CAMPOS. *Direito Processual Tributário*. Atlas: 6ª ed., 2000, p. 100.



Processo nº : 13808.000678/2002-19
Recurso nº : 124.050
Acórdão nº : 201-77.366

Assim, resta prejudicada qualquer discussão neste Colegiado no que diz respeito à constitucionalidade da base de cálculo da contribuição em comento, estabelecida nos termos da Lei nº 9.718/98.

Afastada a discussão da inconstitucionalidade ou ilegalidade da retrocitada Lei, e considerando, ainda, que a aplicação da Lei nº 9.718/98 está sendo discutida no âmbito judicial, não se pode conhecer deste recurso, no que diz respeito à base de cálculo e alíquota utilizada, pois a opção da recorrente pela via judicial afasta tal discussão do âmbito da instância julgadora administrativa.

Resta, então, a análise dos juros de mora calculados com base na taxa Selic.

Neste sentido, mister se faz verificar que o art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao ressaltar: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês". (grifei)

Como a Lei nº 9.430/96 estabeleceu em seu art. 61, § 3º, de modo diverso, prevalecerá o que ela dispôs, ou seja: "*Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento*".

Onde o art. 5º, § 3º, desta Lei, dispõe: "*As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*"

Quanto à alegação de ofensa ao art. 192, § 3º, da Constituição Federal, cumpre esclarecer que a EC nº 40, de 29/05/2003, revogou tal dispositivo.

Portanto, em face do exposto, deixo de conhecer do recurso, no que diz respeito às alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei nº 9.718/98 e quanto à matéria submetida ao Judiciário, e nego provimento ao recurso voluntário, no sentido de manter o lançamento efetuado com exigibilidade suspensa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2003.


ADRIANA GOMES RÉGIO GALVÃO 