



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De <u>13 / 04 / 05</u> VISTO
--

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 13839.000797/2001-23
Recurso nº : 124.045
Acórdão nº : 201-77.876

Recorrente : JOVIMA INDÚSTRIA DE BLOCOS E LAJES LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS PROCESSUAIS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA DECIDIR SOBRE A MATÉRIA.

Somente é possível o afastamento da aplicação de lei pela autoridade julgadora administrativa, em razão de inconstitucionalidade, nos casos previstos em lei.

COFINS. RESTITUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

Na base de cálculo da Cofins, que é o faturamento, inclui-se os valores relativos ao ICMS.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOVIMA INDÚSTRIA DE BLOCOS E LAJES LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

José Antonio Francisco
Relator

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASIL 27 / 10 / 04
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo Galvão, Antonio Mario de Abreu Pinto, Antonio Carlos Atulim, Roberto Velloso (Suplente) e Gustavo Vieira de Melo Monteiro.

Ausente ocasionalmente o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13839.000797/2001-23
Recurso nº : 124.045
Acórdão nº : 201-77.876

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 27 / JO / 04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : JOVIMA INDÚSTRIA DE BLOCOS E LAJES LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição da Cofins (fl. 1), em relação aos valores do ICMS, que, segundo a requerente, teria sido indevidamente incluída na base de cálculo da contribuição.

No pedido de fls. 2 a 13, ainda foi requerido o reconhecimento do direito de compensação e a não incidência de juros, relativamente aos valores que foram recolhidos nos últimos dez anos. Ainda instruíram o pedido os documentos de fls. 14 a 78.

O pedido foi indeferido pela autoridade fiscal (fls. 80 e 81), que asseverou que o ICMS compunha a base de cálculo da contribuição.

A seguir, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 84 a 94, em que, após alegar a nulidade do despacho, por não ter obedecido ao devido processo legal, ao recusar competência para apreciação de matéria constitucional, repetiu as alegações do pedido original.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP indeferiu a solicitação, no Acórdão nº 3.810, de 10 de abril de 2003 (fls. 96 a 99), sob os mesmos argumentos do despacho da autoridade de origem.

A interessada, então, apresentou o recurso voluntário de fls. 102 a 123, em que, de modo analítico, reproduziu as alegações da manifestação de inconformidade, além de alegar que a exigibilidade dos débitos compensados estaria suspensa.

Posteriormente, apresentou ainda o pedido de fls. 127 a 142, em que repetiu argumentos já anteriormente apresentados, ainda alegando que, em pendência de consulta, não poderia contra ela ser instaurado procedimento fiscal, tendo juntado a planilha de fls. 143 e 144, relativamente à apuração dos alegados indébitos.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13839.000797/2001-23
Recurso nº : 124.045
Acórdão nº : 201-77.876

MIN DA FAZENDA - 2" CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASIL 27 / 10 / 04
₤
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

Descabe razão à interessada, no tocante à questão de apreciação de matéria constitucional em processo administrativo.

A questão passa por definir a natureza do processo administrativo, havendo opiniões de que se trata de mero procedimento¹; ou de processo sem jurisdição²; ou, ainda, de processo com função jurisdicional.

Nesse último entendimento, que engloba os demais, argumenta-se, ainda, que o princípio da separação dos Poderes não implicaria a exclusividade do Judiciário para decidir questões de constitucionalidade de leis, de forma que seria possível ao Executivo exercer verdadeira função jurisdicional.

Entretanto, é óbvio que a separação de Poderes implica privilégio no exercício das funções. Tanto que, em princípio, cabe ao Legislativo a função precípua de criar as leis; ao Judiciário, a função jurisdicional; e ao Executivo a função administrativa. Embora cada Poder possa exercer alguma das outras funções, esse exercício é limitado e, na maioria das vezes, visa garantir a sua autonomia.

Portanto, sendo óbvio que cabe ao Poder Judiciário a função jurisdicional, é também óbvio que essa função, quando realizada pelo Judiciário, não pode comportar limites quanto à ampla defesa e ao contraditório.

No entanto, tal raciocínio não pode ser aplicado aos tribunais administrativos.

O termo "ampla defesa" deve ser interpretado de forma relativa, levando-se em conta as diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Deve-se ter em conta que os tribunais administrativos integram a administração e exercem função administrativa.

Os Conselhos de Contribuintes integram a estrutura do Ministério da Fazenda, assim como as Delegacias de Julgamento integram a estrutura da Secretaria da Receita Federal e, nesse contexto, é fácil concluir que existe hierarquia funcional e administrativa sobre esses órgãos.

De fato, os julgadores das DRJ e os Conselheiros, sejam representantes da Fazenda ou dos contribuintes, exercem funções de funcionário público e estão sujeitos às disposições da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

¹ CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento administrativo tributário*. São Paulo, Atlas, 1996. P. 90.

² XAVIER, Alberto. A questão da apreciação da inconstitucionalidade das leis pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária. *Revista Dialética de direito tributário*, São Paulo, Dialética, nº 103, p. 17-44, abr. 2004.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13839.000797/2001-23
Recurso nº : 124.045
Acórdão nº : 201-77.876

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASIL 27 / 20 / 04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Dessa forma, os atos administrativos que restringem a apreciação de matéria de constitucionalidade de lei (como o constante do art. 22A do Regimento dos Conselhos de Contribuintes, decorrente das disposições do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, e da Lei nº 9.430, de 30 de dezembro de 1996, art. 77) têm caráter vinculativo, em face do que dispõe o art. 116 da lei anteriormente citada.

Assim, para que fosse possível apreciar matéria de constitucionalidade relativa ao direito tributário, primeiramente seria necessário que o julgador administrativo apreciasse matéria de constitucionalidade relativa a direito administrativo (Regimento Interno, Decreto nº 2.346, de 1997, etc.), uma vez que normas de direito administrativo estariam restringindo suposto direito fundamental do contribuinte, ao limitarem a apreciação de constitucionalidade de lei, o que, certamente, foge a seu âmbito de competência.

Ademais, aqueles atos legais que determinam a impossibilidade de apreciação de matéria de constitucionalidade de leis e as leis tributárias que são consideradas inconstitucionais pela interessada, de uma forma ou de outra, passaram pela aprovação do Presidente da República, chefe do Executivo, ou por derivarem de aprovação de medida provisória, ou por se tratar de lei sancionada ou de decreto assinado por ele.

Especialmente no caso das leis, existe a possibilidade do veto jurídico, por motivo de inconstitucionalidade, que representa medida de controle de constitucionalidade. Nos demais casos, se o Presidente da República os houvesse considerado inconstitucionais, certamente não os teria aprovado.

Assim, como poderia um órgão administrativo inferior contradizer o chefe do Poder Executivo, afastando a aplicação de atos legais e regulamentares por ele aprovados.

Nesse contexto, e considerando os fatos acima expostos, as disposições da Lei nº 9.430, de 1996, art. 77, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, nada mais fazem do que dispor como deve ser tratada a matéria no âmbito do Poder Executivo.

Vê-se, portanto, que não cabe somente ao Judiciário o controle repressivo de constitucionalidade de leis, mas, no âmbito do Executivo, cabe ao Presidente da República determinar como o controle deve ocorrer.

Assim, a interpretação mais adequada à questão é a de que a "ampla defesa", no processo administrativo, deve ser aplicada de acordo com as atribuições dos órgãos julgadores administrativos, o que não abrange a apreciação de matéria de constitucionalidade de lei, à exceção dos casos previstos no Decreto nº 2.346, de 1997.

Entretanto, deve-se ressaltar que a matéria em questão já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerou integrar o ICMS a base de cálculo das contribuições incidentes sobre o faturamento (entre outros, AGA nºs 520.431, 551.806 e 517.809). Ademais, o STJ já havia sumulado a matéria, relativamente ao Finsocial, que tinha a mesma base de cálculo da Cofins (Súmula nº 94).

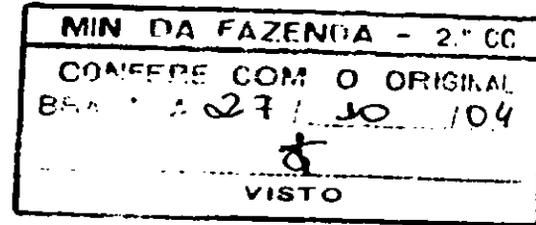
"A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Esclareça-se, por fim, que também descabe razão à interessada em relação à compensação e à suspensão de exigibilidade dos valores que teriam sido compensados. Anteriormente a outubro de 2002, a compensação entre tributos e contribuições da mesma



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13839.000797/2001-23
Recurso nº : 124.045
Acórdão nº : 201-77.876



2º CC-MF
Fl.

natureza e destinação constitucional deveria ser efetuada pelo próprio contribuinte, sem necessidade de autorização. Ademais, não se trata de processo de consulta, mas de pedido de restituição, razão pela qual não há que se falar em impedimento de ação fiscal.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004.


JOSE ANTONIO FRANCISCO 