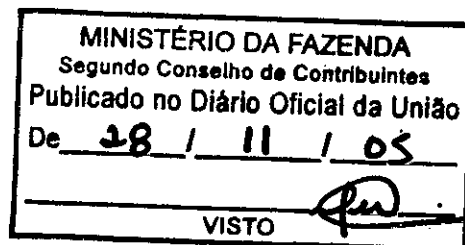




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083



Recorrente : MARCHESAN IMPLEMENTOS E MÁQUINAS AGRÍCOLAS "TATU"
S/A
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

COFINS. ALTERAÇÃO BASE DE CÁLCULO. AÇÃO JUDICIAL.

Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não pode o órgão julgador administrativo conhecer da matéria, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

BASE DE CÁLCULO. AÇÃO JUDICIAL.

Correta a autuação que, respeitando a decisão judicial proferida em ação de Mandado de Segurança no qual foi considerada inconstitucional a alteração da base de cálculo da Cofins introduzida pela Lei nº 9.718/98, efetuou o lançamento considerando a base de cálculo contida na LC nº 70/91 e alíquota contida na Lei nº 9.718/98 – não objeto da ação judicial interposta pela contribuinte.

ALTERAÇÃO ALÍQUOTA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MARCHESAN IMPLEMENTOS E MÁQUINAS AGRÍCOLAS "TATU" S/A.**

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

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2005

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Jorge Freire, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Raimar da Silva Aguiar, Adriene Maria de Miranda (Suplente) e Antonio Zomer (Suplente).

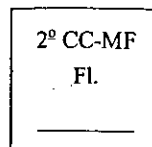
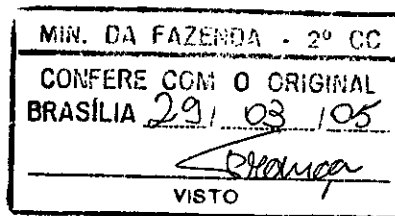
Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 13851.000592/2003-41
Recurso n^o : 127.875
Acórdão n^o : 202-16.083



Recorrente : MARCHESAN IMPLEMENTOS E MÁQUINAS AGRÍCOLAS "TATU"
S/A

RELATÓRIO

Adoto o relatório do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, que a seguir transcrevo:

Trata o presente processo do auto de infração de Cofins de fls. 04/06, referente ao período de 01/01/2001 a 31/12/2002, no valor de R\$ 2.357.254,52 consolidado com multa e juros de mora até a data da lavratura, em 02/04/2003.

De acordo com a descrição do autuante, foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, conforme demonstrado no Termo de Verificação de fls. 07/09, Demonstrativo de Apuração de fls. 10/13 e planilhas de fls. 270/278.

Cientificada do lançamento, a interessada apresentou a impugnação às fls.286/297, alegando, em resumo, o seguinte:

- A base de cálculo prevista na Lei 9.718, de 1998, extrapola o conceito técnico de faturamento previsto no art. 195, I, da Constituição Federal de 1988;*
- A edição da Emenda Constitucional n.º 20 não tem o condão de legitimar a cobrança da exação, que continuou sendo feita com fundamento em norma inconstitucional, uma vez que a Lei 9.718/98 foi editada antes das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 20 de 1998. Não sendo válida a norma desde sua edição, não há como torná-la válida em momento posterior.*
- A majoração da alíquota de 2% para 3% feita pela Lei 9.718 de 1998, art. 8º e parágrafos, é inconstitucional. A inconstitucionalidade do adicional de 1% decorre do fato de que o referencial de sua efetiva incidência não é o faturamento, mas sim a "não apuração de lucro" pela pessoa jurídica. A exigência também faz tábula rasa do princípio da igualdade e da capacidade contributiva, por não haver correlação lógica entre o discrimen ("não lucro") e o pressuposto da cobrança da Cofins (faturamento).Solicitou ao final o cancelamento da exigência tributária.*

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/RPO n^o 4.494, de 14/11/2003, fls. 302/307, julgando procedente o lançamento, ementando sua decisão nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

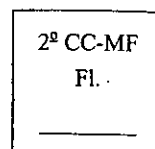
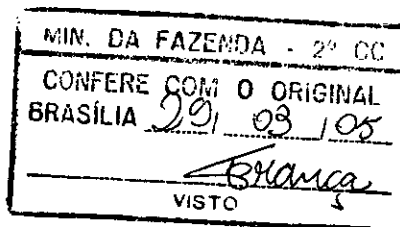
Período de apuração: 01/01/2001 a 31/08/2001, 01/10/2001 a 31/10/2001, 01/07/2002 a 31/12/2002

134 A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083



Ementa: CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins apurada em procedimento fiscal enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

Lançamento Procedente.

A contribuinte tomou ciência do teor do referido Acórdão em 26/01/2004, fl. 314, e, inconformada com o julgamento proferido, interpôs, em 20/02/2004, recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, fls. 318/332, no qual reconhece como devidas as exigências relativas aos fatos geradores ocorridos entre janeiro/97 e janeiro/99, informando que tal exigência será objeto de parcelamento conforme pedido protocolado pela empresa. Em relação aos fatos geradores ocorridos entre fevereiro/99 e dezembro/2001, alega a nulidade da decisão recorrida por não haver apreciado o seu argumento de que possui decisão judicial que considera inconstitucional a legislação usada para fundamentar o Auto de Infração e, conseqüentemente, a exigência do PIS fere o citado decisório. Reafirma as razões apresentadas na fase impugnatória acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins, bem como do aumento da alíquota para 3%. Reafirma possuir ação judicial própria por meio da qual obteve o direito de não recolher a Cofins com base no art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, considerado inconstitucional, bem como promover a “*compensação de créditos provenientes de recolhimentos assim efetuados com débitos vencidos de contribuições sociais, observada a prescrição decenal, contada retroativamente da data da propositura da ação*”.

A contribuinte ingressou com ação de Mandado de Segurança objetivando a utilização de bens móveis do seu ativo permanente para arrolamento, com objetivo de dar seguimento ao recurso interposto, tendo sido concedida a segurança (fls. 347/351). O recurso foi encaminhado a este Conselho em cumprimento à decisão judicial que concedeu a segurança.

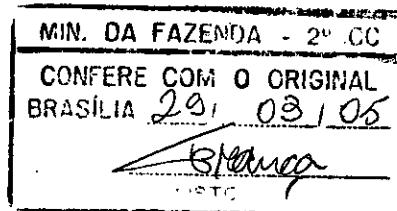
É o relatório.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083



2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente é de se ressaltar que a recorrente informa em seu recurso a conformidade com a parcela do lançamento relativa ao período de janeiro/97 a janeiro/99, e que o pagamento de tal exação é objeto de parcelamento.

Entretanto da análise do Auto de Infração objeto deste processo verifica-se que a autuação em questão não atinge tais períodos, mas sim os compreendidos entre janeiro a agosto/2001; outubro/2001; julho a dezembro/2002 (fl. 05).

Na parte do lançamento, dita pela recorrente, como relativa ao período de fevereiro/99 a dezembro/2001 alega que possui ação judicial própria reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, e conseqüentemente concedendo-lhe o direito de não recolher a Cofins com base em legislação inconstitucional, e que o Fisco não observou a referida decisão judicial.

Antes de qualquer coisa, é preciso atentar que a recorrente apenas trouxe tal argumento em grau de recurso, sendo que, na peça impugnatória, sequer tocou no assunto. Tal fato poderia ser gerador de preclusão.

Todavia, em se tratando de verdade material – princípio do Direito Tributário, analisaremos tal assertiva.

Inicialmente vale lembrar que o lançamento não engloba períodos anteriores a janeiro/2001, conforme resta comprovado no próprio Auto de Infração.

Conforme consta do Termo de Verificação de Infração, fls. 07/09, “a contribuição para a COFINS referentes a Outras Receitas (Receitas Financeiras e Outras Receitas – docs. Fls. 260), foram objeto de lançamento com exigibilidade suspensa nos termos do artigo 151, inciso IV do CTN, através de Auto de Infração constante do processo nº 13851.000591/2003-05, tendo em vista Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 2000.61.02.013775-9 da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP”.

Consta ainda do citado Termo de Verificação de Infração que, para o ano de 2001, a contribuinte apresentou, após o início da fiscalização, DCTFs retificadoras alterando os valores apresentados ao Fisco nas DCTFs originais. Tais alterações não foram consideradas pela Fiscalização uma vez efetuadas após o início do procedimento fiscal, quando a contribuinte não mais gozava da espontaneidade.

Resta, ainda, consubstanciado no Termo de Verificação de Infração que o lançamento decorreu da diferença entre os valores pagos/declarados e os apurados pelo Fisco.

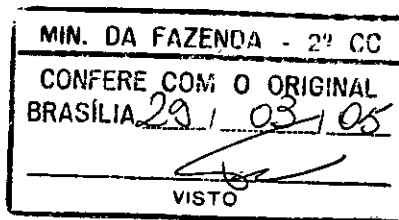
Da análise dos autos, especialmente dos documentos de fls. 198/199, conclui-se que o fiscal autuante, respeitando a decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.61.02.013775-9, intimou a contribuinte a apresentar demonstrativo detalhado da composição da base de cálculo da Cofins, segregando os valores tidos como base de cálculo

134 /



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083



2º CC-MF
Fl.

da contribuição pela aplicação da Lei nº 9.718/98 (outras receitas) e obtidos pela aplicação da LC 70/91 (faturamento).

Tal informação foi prestada pela recorrente, às fls. 201/211, considerando os valores retificados como devidos em DCTFs entregues após o início do procedimento de fiscalização.

Analisando-se os demonstrativos elaborados pelo Fisco, fls. 258/261, verifica-se que foram considerados no presente lançamento a Cofins devida e não declarada/paga (considerando-se as DCTFs originais) com base na LC nº 70/91, aplicando-se a alíquota de 3% - que não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade da decisão judicial obtida pela contribuinte. A decisão judicial limitou-se a declarar inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, no qual consta expressamente o conceito de faturamento para efeito da base de cálculo da Cofins e do PIS:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta 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.

A alteração da alíquota da Cofins de 2% para 3% é objeto de outro artigo da mesma Lei, qual seja: o art. 8º, que, por sua vez, não foi objeto de qualquer manifestação por parte do Judiciário, impedindo a sua aplicação:

Art. 8º Fica elevada para três por cento a alíquota da COFINS.

Diante de todo o exposto resta claro que o Fisco efetivamente cumpriu a decisão judicial obtida pela recorrente nos anais do Mandado de Segurança nº 2000.61.02.013775-9, lançando a diferença entre a Cofins devida com base na LC nº 70/91 (faturamento) e alíquota de 3% constante da Lei nº 9.718/98 (não objeto da decisão judicial) sem a suspensão da exigibilidade - que é o lançamento objeto deste processo. A diferença da alteração da base de cálculo da Cofins, introduzida pela Lei nº 9.718/98, que foi objeto de manifestação do Judiciário, foi lançada em processo diverso deste e com a exigibilidade suspensa.

Não há, portanto, qualquer reparo a ser feito no lançamento, no que tange à decisão judicial obtida pela contribuinte.

Em relação aos argumentos sobre a inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718/98 não cabe análise neste processo em primeiro lugar porque esta matéria está sendo discutida no Judiciário, que é quem dirá o direito de forma definitiva.

Existindo ação judicial tratando da matéria ora em litígio é de se concluir pela concomitância entre as ações administrativas e judiciais.

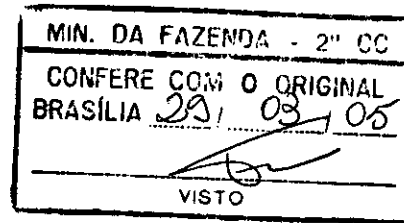
Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083



2º CC-MF
Fl.

decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim. (Grifos do original).

Cabe ainda citar o Parecer PGFN n.º 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 29 / 03 / 05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

29. Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18.091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente arguição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.

30. Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto n. 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional -, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.

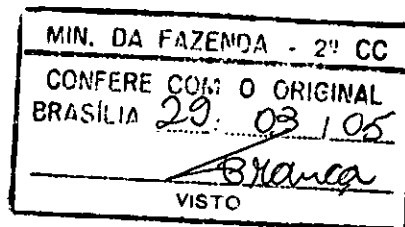
31. No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083



2º CC-MF
Fl.

32. *Naquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.*

33. *Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do iudicium, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.*

34. *Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto n. 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso.*

Dessa forma, estando a matéria acerca da inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da Cofins introduzida pela Lei nº 9.718/98 em discussão na esfera judicial, que tem a competência para dizer o direito em última instância, tem-se como afastada a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa.

Ademais disto, tal matéria não é objeto deste lançamento uma vez que nele foram consideradas as bases de cálculo da Cofins na forma da LC nº 70/91, estando a se exigir apenas a diferença entre a Cofins devida nestes termos e a declarada/paga.

No que diz respeito à inconstitucionalidade acerca da majoração da alíquota da Cofins de 2% (LC 70/91) para 3% (Lei nº 9.718/98) é de se observar que os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos

124 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 29 / 03 / 05
<i>[Assinatura]</i> VISTO

2º CC-MF
Fl.

passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Carta Magna.

Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:

Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do "Poder Executivo".

Esse parecer também se arrimou em Tito Resende:

É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão.

Ainda sobre o tema, o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em processo de Consulta, assim dispôs:

5.1 – *De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma Lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico, Consultoria-Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal argüição.*

5.2 – *Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo *hic et nunc*, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativos e Executivo, como mencionado, chega-*

V34 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28/08/05
<i>BYRONICA</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, § 1º e 103, I, d VI).

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema, como bem frisou a DRJ- Ribeirão Preto/SP.

A apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exarceba a sua competência originária, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal.

O Estado brasileiro assenta-se sobre o tripé dos três Poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. No seu Título IV, a Carta Magna de 1988 trata da organização destes três Poderes, estabelecendo sua estrutura básica e as respectivas competências.

No Capítulo III deste Título trata especialmente do Poder Judiciário, estabelecendo sua competência, que seria a de dizer o direito. Especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas observa-se que o legislador constitucional teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Atribui, o constituinte, esta competência exclusivamente ao Poder Judiciário, e, em particular ao Supremo Tribunal Federal, que se pronunciará de maneira definitiva sobre a constitucionalidade das leis.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, para que uma norma seja declarada, de maneira definitiva, inconstitucional, é preciso que seja apreciada pelo seu pleno, e não apenas por suas turmas comuns. Ou seja, garante-se a manifestação da maioria absoluta dos representantes do órgão Máximo do Poder Judiciário na análise da constitucionalidade das normas jurídicas, tal é a importância desta matéria.

Toda esta preocupação por parte do legislador constituinte objetivou não permitir que a incoerência de se ter uma lei declarada inconstitucional por determinado Tribunal, e por outro não. Resguardou-se, desta forma, a competência para manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, de maneira definitiva, à instância superior do Judiciário, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos apreciassem a constitucionalidade de lei seria infringir disposto da própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder definida no texto constitucional.

O professor Hugo de Brito Machado *in* "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.000592/2003-41
Recurso nº : 127.875
Acórdão nº : 202-16.083

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 29/03/05
<i>[Assinatura]</i> VISTO

2º CC-MF Fl. _____

deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.

Por ocasião da realização do 24º Simpósio Nacional de Direito Tributário, o ilustre professor, mais uma vez, manifestou-se acerca desta árdua questão afirmando que a autoridade administrativa tem o dever de aplicar a lei que não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, devendo, entretanto, deixar de aplicá-la, sob pena de responder pelos danos porventura daí decorrentes, apenas se a inconstitucionalidade da norma já tiver sido declarada pelo STF, em sede de controle concentrado, ou cuja vigência já houver sido suspensa pelo Senado Federal, em face de decisão definitiva em sede de controle difuso.

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Como da decisão definitiva proferida na esfera administrativa não pode o Estado recorrer ao Judiciário, uma vez ocorrida a situação retrocitada, estar-se-ia dispensando o pagamento de tributo indevidamente, o que corresponde a crime de responsabilidade funcional, podendo o infrator responder pelos danos causados pelo seu ato.

Diante do exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2005

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA //