MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	16095.000152/2005-53
Recurso nº	133.894 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão nº	203-11.153
Sessão de	27 de julho de 2006
Recorrente	TM DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida	DRJ em Campinas-SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 19 / 03 / 07
Rubrica

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. VIA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA.

Argüição de inconstitucionalidade não encontra foro para apreciação no âmbito do processo administrativo fiscal, por tratar-se de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: TM DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

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

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Sílvia de Brito Oliveira
Relatora

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25 / 09 / 06
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente), Valdemar Ludvig, Odassi Guerzoni Filho, Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente) e Mauro Wasilewski (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Cesar Piantavigna, Eric Moraes e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25 / 09 / 06
VISTO

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nestes autos foi lavrado auto de infração para formalização de exigência tributária relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), do período de apuração de setembro a dezembro de 2001, com ciência à autuada em 19 de outubro de 2005.

No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal, a autoridade lançadora informa que a contribuinte obteve, em 30 de julho de 2001, antecipação de tutela no Processo Judicial nº 2001.51.01.013275-4 para recolher a contribuição para o Programa de Integração Social e a Cofins com base nas Leis Complementares nº 7, de 1970, e nº 70, de 1991, respectivamente.

Entretanto, em 4 de dezembro de 2001, foi proferida sentença revogatória dessa tutela antecipada e o processo judicial originário encontra-se arquivado desde de 7 de junho de 2002, restabelecendo-se a tributação com base na Lei nº 9.718, de 1998, com a redação dada pela Lei nº 9.990, de 21 de julho de 2000.

À vista de documentos apresentados em atendimento a intimações fiscais e de declarações entregues pela contribuinte à Secretaria da Receita Federal, a autoridade fiscal verificou a ausência de recolhimento da Cofins, no período autuado, relativa a aquisição de gasolina"A" e óleo diesel da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras). Tal recolhimento não fora efetuado pela Petrobras, tampouco pela pessoa jurídica autuada que, no caso, seria responsável solidária, nos termos do art. 152, inc. I, parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Inconformada com o feito fiscal, a autuada apresentou impugnação, que foi apreciada pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) em Campinas-SP, que considerou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão de fls. 237 a 241.

Ciente daquele Acórdão, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes, às fls. 250 a 269, para aduzir, preliminarmente, que o entendimento de que a autoridade administrativa não possui competência para examinar inconstitucionalidade ou validade de norma fere o direito constitucional previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988, que equipara a lide administrativa à judicial, resultando em cerceamento do direito de defesa da contribuinte.

Relativamente ao mérito, a recorrente argumentou, em apertada síntese, que:

I – é inconstitucional o regime de tributação instituído pela Lei nº 9.718, de 1998, com a redação dada pela Lei nº 9.990, de 2000, pois viola o art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, por não estarem assegurados os meios para restituição preferencial e imediata, na hipótese de o fato gerador presumido não se realizar;

II – a previsão contida na Lei nº 9.990, de 200, foi instituída por Medida Provisória (MP), com clara ofensa ao art. 246 da Constituição Federal;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25 / 09 / 06
VISTO

III – a base de cálculo dessa contribuição não poderá prosperar diante do recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a inconstitucionalidade do alargamento dessa base promovida pela Lei nº 9.718, de 1998;

IV – a multa aplicada possui nítido caráter confiscatório, ofendendo, portanto o art. 150, inc. IV, da Constituição Federal; e

V – a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) afronta o art. 161, § 1º, do CTN, pois é apurada de acordo com a taxa média de operações com títulos públicos federais e nenhuma relação guarda com o referido dispositivo do CTN.

Ao final, a integral reforma da decisão da instância de piso para julgar insubsistente o lançamento ou, alternativamente, que seja afastada a imposição da multa de ofício e a incidência da taxa Selic.

É o Relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22 / 09 / 06
VISTO

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25 / 09 / 06
VISTO

Voto

O recurso voluntário atende aos requisitos legais de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Inicialmente, cumpre salientar que a preliminar suscitada pela recorrente, com efeito, constitui prejudicial da análise do mérito, visto que todas as argüições da peça recursal contestam a constitucionalidade de disposições legais legitimamente inseridas no ordenamento jurídico, inclusive a argüição relativa à utilização da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios, pois estando essa utilização prevista em lei (art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996), a adução de ofensa a dispositivo de lei complementar remete a matéria ao controle de constitucionalidade das leis.

Sobre a impossibilidade de a esfera administrativa afastar a aplicação de lei, por julgá-la inconstitucional, não existe controvérsia neste Segundo Conselho de Contribuintes. Aliás, trata-se de matéria tão pacífica que merecia ser sumulada. Contudo, na ausência de súmula, aprecia-se a questão com mais minudências.

Note-se então que, ademais de o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, com as alterações da Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, vedar expressamente a rejeição de lei, em virtude de inconstitucionalidade não declarada pelo STF, tal procedimento colidiria de tal forma com a estrita vinculação legal da atividade administrativa que, alastrando-se por outras instituições do Poder Executivo, traria completa insegurança jurídica, com ameaça ao Estado de Direito.

Sobre a matéria, já se pronunciou a doutrina, antes mesmo da referida Portaria MF nº 103, por exemplo, DEJALMA DE CAMPOS, assim se pronunciou:

> *"Para alguns autores a matéria é da competência exclusiva do Judiciário. Não só as leis mas especialmente os decretos executivos, ainda que ao arrepio 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.*

Também o professor Hugo de Brito Machado, no livro Temas de Direito Tributário, Vol. (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 134), tratou do tema e fez a seguinte consideração:

> *"Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada."*

Em face disso, enquanto os dispositivos legais apontados pela recorrente como violadores de disposições constitucionais não forem retirados do mundo jurídico pelo STF, permanece defeso ao órgão julgador do Poder Executivo negar-lhe vigência, sob pena de usurpação de prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Assim sendo, uma vez que a rejeição da preliminar argüida torna prescindível a análise das razões recursais que intentam demonstrar a inconstitucionalidade de disposições legais que legitimamente integram a ordem jurídica pátria.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 27 de julho de 2006.

SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25 / 09 / 06
VISTO