



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12 / 08 / 2007
Sílvia Siqueira Barbosa
Mat.: Slape 91745

CC02/C01
Fls. 402

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 19647.008414/2005-22
Recurso nº 137.534 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-80.379
Sessão de 20 de junho de 2007
Recorrente PONTO DE DOSE LTDA.
Recorrida DRJ em Recife - PE

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 14 / 08 / 07
Rubrica

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003,
30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003,
31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003,
31/12/2003

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI LIMITES DE
APRECIAÇÃO DA MATÉRIA PELA AUTORIDADE
JULGADORA ADMINISTRATIVA.

Somente é possível o afastamento da aplicação de normas por razão de inconstitucionalidade, em sede de recurso administrativo, nas hipóteses de haver resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, de decisão do STF em ação direta, de autorização da extensão dos efeitos da decisão pelo Presidente da República, ou de dispensa do lançamento pelo Secretário da Receita Federal, ou desistência da ação pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

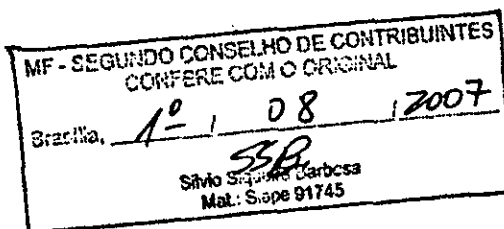
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

José Antonio Francisco
JOSE ANTONIO FRANCISCO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Ivan Allegretti (Suplente) e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se recurso voluntário (fls. 358 a 375) apresentado em 27 de julho de 2006 contra o Acórdão nº 11-15.541, de 19 de junho de 2006, da DRJ em Recife - PE (fls. 350 a 353), que considerou procedente auto de infração de Cofins dos períodos de janeiro a dezembro de 2003, nos seguintes termos:

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

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

Ementa: COFINS. BASE DE CÁLCULO.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidirá sobre o faturamento do mês, deduzidas as exclusões previstas em lei.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATIVIDADE VINCULADA.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Lançamento Procedente".

A interessada tomou ciência do Acórdão em 10 de julho de 2006.

O auto de infração foi lavrado em 10 de agosto de 2005 e, segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 10 a 17, o levantamento da base de cálculo da contribuição foi efetuado com base nos balancetes e livro Registro de Saídas.

Nos períodos de outubro a dezembro de 2003 prevaleceram os valores dos balancetes, que eram inferiores aos informados na DIPJ.

Segundo a Fiscalização, foram constatadas, sistematicamente, diferenças entre os valores apurados e os declarados em DCTF.

Não obstante ter sido aplicada a multa de 75%, foi formalizada representação fiscal para fins penais, apensada ao presente processo.

No recurso alegou a interessada, inicialmente, que a Constituição garantiria a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo para concluir que matéria relativa a constitucionalidade de lei poderia ser apreciada.

Nesse contexto, alegou que haveria uma distinção legal na tributação da Cofins, entre instituições financeiras e demais pessoas jurídicas, que ofenderia o princípio constitucional da isonomia. Citou opinião da doutrina a respeito do princípio citado e do

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES		
CONFERE COM O ORIGINAL		
Gratuito	12	08 / 2007
Gênio Siqueira Barbosa		
Matr. Sigepe 91745		

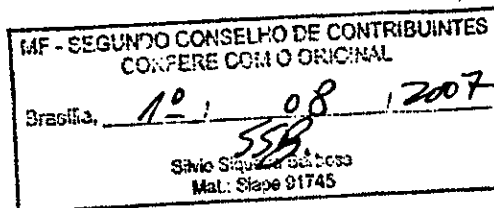
princípio da proporcionalidade, além de decisão judicial do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Ademais, a definição da base de cálculo da Cofins contida na Lei nº 9.718, de 1998, ofenderia o disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966), nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor reproduziu.

Seguiu-se discussão a respeito do arrolamento de bens, resolvida antes do encaminhamento dos autos para julgamento.

É o Relatório.

7 



Voto

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo-se formalmente dele tomar conhecimento.

Quanto à matéria de inconstitucionalidade de lei, 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 elementar que cabe ao Poder Judiciário a função jurisdicional, é também elementar 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, conclui-se 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 públicas e estão sujeitos às disposições da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

[Handwritten signature]

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.

[Handwritten mark]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 1º	08 2007
Sílvia 91745	
Mat. Sílvia 91745	

Dessa forma, os atos administrativos que restringem a apreciação de matéria de constitucionalidade de lei (como o constante do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, decorrente das disposições do Decreto n. 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 n. 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 sobre 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.

Nesse contexto, não há como aplicar o resultado da declaração de inconstitucionalidade incidental no julgamento de processo administrativo, em face de ausência de autorização legal, antes da edição de resolução pelo Senado Federal, ainda que se saiba que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é definitivo.

Dessa forma, não é possível afastar a aplicação da Lei nº 9.718, de 1999, no que tange à tributação das receitas financeiras pela Cofins, nem considerar que a regra relativa às instituições financeiras seja aplicada aos demais contribuintes.

7 

Não se pode olvidar que o princípio da isonomia pressupõe a aplicação da Justiça como regra. O conceito de Justiça prega que se deve *"tratar os iguais, na exata medida de sua igualdade, e os desiguais, na exata medida de sua desigualdade"*.

Nesse contexto, é impossível, ao menos no enfoque que pode ser adotado no âmbito do processo administrativo, estender as deduções permitidas a instituições financeiras a outras pessoas jurídicas.

Ademais, a definição da base de cálculo da Cofins contida na Lei nº 9.718, de 1998, não poderia ofender o disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966), pelo simples fato de que se trata de disposição de direito tributário, relativa à definição da base de cálculo da contribuição.

Ao definir o conceito de faturamento para efeito de incidência da contribuição, a disposição legal está apenas cumprindo o que a Constituição espera da lei, embora, é claro, existam limites constitucionais para isso, o que não pode ser objeto de análise no processo administrativo.

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

Sala das Sessões, em 20 de junho de 2007.

~~JOSE ANTONIO FRANCISCO~~

W. J. L.