



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10073.001442/2002-43
Recurso nº 236.839 Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9303-01.308 – 3ª Turma**
Sessão de 31 de janeiro de 2011
Matéria Cofins
Recorrente CINBAL COMÉRCIO INDÚSTRIA E BENEFICIAMENTO DE AÇO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/1996 a 31/12/2001

BASE DE CÁLCULO ALARGAMENTO APLICAÇÃO DE DECISÃO INEQUÍVOCA DO STF POSSIBILIDADE.

Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo da contribuição para a Cofins, até a vigência da Lei 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

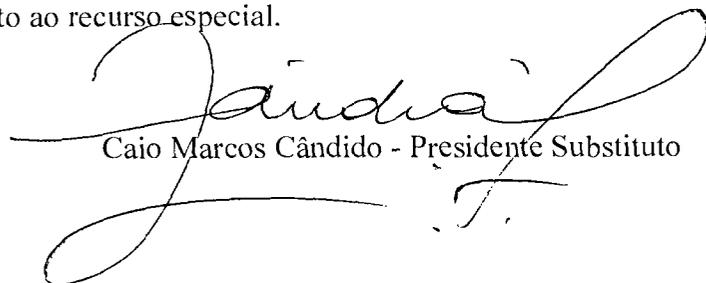
ART. 45 E 46 DA LEI 8.212/91. INCONSTITUCIONAL SÚMULA VINCULANTE DO STF.

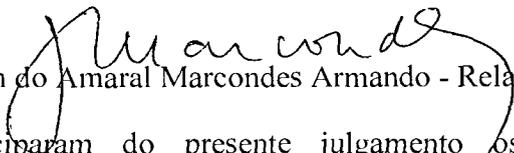
Consoante e Vinculante nº 8, de 12/06/2008, são inconstitucionais os artigos 45 e 46 da lei 8.212/91, que tratam da decadência de crédito tributário.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso especial.


Caio Marcos Cândido - Presidente Substituto


Judith do Amaral Marcondes Armando - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes Armando, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Leonardo Siade Manzan, Henrique Pinheiro Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Nanci Gama, Maria Teresa Martínez López e Caio Marcos Cândido.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto o Relatório do acórdão recorrido, o qual, por sua vez, adotou o relatório da decisão *a quo*:

Com vistas a uma apresentação abrangente e sistemática do presente feito, sirvo-me do relatório contido na decisão recorrida de fls. 264/272:

Lavrou-se contra o contribuinte acima identificado o presente Auto de Infração (fls.148/150), relativo à Contribuição para o Financiamento de Seguridade Social Cofins, totalizando um crédito tributário de RS 304.412,49, incluindo multa e acréscimos regulamentares, correspondente aos períodos de 30/08/1996, 30/08/1997, 30/08/1998, 31/01/1999 a 31/12/1999, 31/03/200, e 31/05/2001 a 31/12/2001 (fls. 142/144).

A autuação ocorreu em virtude da verificação da compensação judicial de créditos de Finsocial (Ação Judicial nº 97.03.0221637)

com débitos de PIS e Cofins, a partir da qual foram apuradas divergências entre valores declarados e os valores escriturados de Cofins nos períodos acima identificados, conforme Termo de Constatação, de fl. 141, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 14/17.

Os valores de Cofins referidos aos períodos de 08/1996, 08/1997 e 08/1998 foram apurados considerando-se a base de cálculo apresentada pelo próprio contribuinte (fls. 14 e 18/23). Os valores não declarados dos períodos de 1999, 03/200, 11/2001 e 12/2001 foram obtidos a partir das receitas escrituradas nos Livros Razão (fls. 16/17). E em relação aos períodos de 05/2001 a 10/2001, os valores da Cofins devida foram apurados por meio da análise do Livro de Apuração do ICMS (fl. 15).

Como enquadramento legal, foram citados arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91, com alterações da Medida Provisória nº 2.158/01; e arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com alterações da Medida Provisória nº 2.113/01 e reedições e da Medida Provisória nº 2.153/01.

Irresignada, tendo sido cientificado em 04/12/2002 (fl. 03), o autuado apresentou, em 02/01/2003, acompanhadas dos documentos de fls. 165/2001, as suas razões de defesa (fls. 155/164), a seguir resumidas:

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do Auto de infração, aduz que a contribuição referente ao período de agosto/ 1996 foi alcançado pela decadência, de acordo com o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional. No presente caso, o prazo decadencial iniciou-se em 01/01/1997 e terminou cinco anos depois, isto é em 01/01/2002. Assim, não é possível cobrar nada em relação ao ano de 1996, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em dezembro/2002.

Argumenta que os valores da Cofins referentes aos períodos de agosto/1996 a dezembro/1999 deveriam ser incluídos do Refis, programa ao qual a empresa aderiu, pois a consolidação dos débitos, de acordo com o Decreto n° 3.431/2000, abrangia todos os anteriores a 29 de fevereiro de 2000, inclusive aqueles não constituídos. Assim a própria fiscalização deve incluir tal dívida no Refis.

Já a Cofins relativa a agosto/1997, no valor de R\$ 16.074,74, foi devidamente informada na Declaração Anual de Imposto de Renda de 1998 e, por esse motivo, deveria ser automaticamente incluída no Refis. De acordo com art. 2º, § 2º, da IN SRF 43/2000, os débitos pendentes já declarados eram incluídos no Refis, sem necessidade de informação na Declaração instituída pela referida Instituição (sic) Normativa.

Quanto à contribuição apurada para o período de 08/1998, no valor de R\$ 65.83, afirma que foi devidamente recolhida, conforme atesta o DARF em anexo.

Em relação aos períodos de 01 a 12/1999, aduz que a única – informação prestada pelo fisco foi que os valores devidos foram apurados com base no livro razão. Porém, a simples referência ao livro razão não esclarece quais as receitas consideradas para apurar a base de cálculo da contribuição, já que, nesse livro, existem vários lançamentos que não integram a base tributária da Cofins. Para tanto a DIPJ/2000 aponta varias exclusões de receita que não foram consideradas pelo fisco.

Como não foi esclarecido os valores lançados no livro razão compuseram a base de incidência do tributo, há uma flagrante violação a princípios constitucionais fundamentais, como direito ao contraditório, a ampla defesa e ao processo legal. Já que não conhece o método de apuração do fisco, considera que foi arbitrariamente autuado, além de não conseguir impugnar o cálculo utilizado, na medida em que não entende sua fórmula.

Acrescenta que possui a seu favor decisão judicial que autoriza a exclusão da base de cálculo da Cofins das receitas transferidas para outras pessoas jurídicas, especificamente valores referentes a frete, nos termos do art. 3º, § 2º, III, da Lei n° 9.718/98, conforme liminar deferida no processo n° 2002.51.04.00083994



4ª Vara da Justiça Federal em Volta Redonda. Tal situação foi considerada pelo fisco e, por esse motivo, deve ser anulado o presente Auto de Infração.

Lembra que, conforme expôs anteriormente, os valores relativos ao ano de 1999 devem ser automaticamente incluídos no Refis.

Também tem relação aos períodos de 03/2000 e de 05 a 12/2001, entende que a cobrança da Cofins é descabida, porque não foi esclarecida a origem da base de incidência, existindo apenas uma referência ao livro razão e ao livro de apuração do ICMS, e porque há decisão judicial determinando a exclusão da base de cálculo do valor referente ao frete, não observado pelo fisco.

Por fim, requer seja julgado improcedente o Auto de Infração, sendo anulada a autuação fiscal.

Em decorrência de suas alegações, especificamente quanto à existência da Ação Ordinária nº 2002.52.04.0008399.

A 1ª Turma de Julgamento da DR1 em Belo Horizonte MG, que manteve em parte o lançamento de que trata este processo, fê-lo mediante a prolação do Acórdão DRJ/BHE nº 0211.447, de 21 de agosto de 2006, traçado nos termos seguintes:

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/08/1996 a 31/12/2001
Ementa: O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social - entre elas a Cofins – encontra-se ficado (sic) em lei.*

A propositura pela contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas; ou desistência de eventual recurso interposto, tornando-se definitiva a exigência discutida.

A DRJ não é a instância administrativa competente para decidir pleito de inclusão de crédito tributário no Refis.

Os débitos relativos à Cofins, não declarados em DCTF, deveriam ser confessados por meio da Declaração Refis, ainda que as bases de cálculo ou os valores da contribuição já tivessem sido informados na DIRPJ.

Lançamento Procedente em Parte.

Inconformada com a decisão retro, a recorrente, tempestivamente, interpôs recurso voluntário (fls. 276/312) oportunidade em que requer seja declarada a nulidade do auto de infração ou sucessivamente seja aplicada apenas a multa pelo não cumprimento de obrigação acessória. Por último, caso não sejam acatados os pedidos anteriores, requer a contribuinte:

Sejam incluídos os débitos anteriores a fevereiro de 2000 no Refis; Seja afastada a aplicação da Lei nº 9.718/98; Sejam retirados os valores transferidos a terceiros assim como as vendas à Zona Franca de Manaus; Seja aplicada a alíquota de 2% para a Cofins no mês de fevereiro de 1999; Seja retirada da

*autuação o montante decorrente da incidência da Taxa Selic;
Seja reduzida a multa a patamar que afaste o Confisco.*

*Foi efetuado o arrolamento para garantia do seguimento do
recurso apresentado. (fl. 313)*

Este é o Relatório.

A Câmara a quo negou provimento ao recurso voluntário. O acórdão foi assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL – COFINS.*

*Período de apuração: 01/08/1996 a 31/12/2001 PROCESSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. NULIDADE.*

*Não se configura nulidade do lançamento quando presentes os
requisitos do art. 10 do Decreto n° 70.235/1972. Preliminar
rejeitada.*

*COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. REFIS. INCLUSÃO DE
DÉBITOS EX OFFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.*

*O programa Refis possui normas aplicáveis e inafastáveis, as
quais excluem a possibilidade de o Fisco incluir, de ofício,
débitos do contribuinte optante não originariamente incluídos no
referido programa.*

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

*A propositura de ação judicial, anterior ou posterior ao
lançamento, impede o pronunciamento da autoridade
administrativa, em face do princípio da unidade de jurisdição.*

CONSTITUCIONALIDADE.

*Não cabe ao julgador administrativo apreciar a
constitucionalidade de leis e atos administrativos, por se tratar
de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.*

APLICAÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO PLENÁRIA DO STF.

*QUE JULGOU INCONSTITUCIONAL O ALARGAMENTO DA
BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS PELA LEI N°
9.718/98. IMPOSSIBILIDADE.*

*O artigo 49 da Portaria MF n° 147/2007 não obriga os
Conselheiros à imediata aplicação de decisões plenárias do STF,
a qual somente deve ser feita quando convencido o Conselheiro
da exata subsunção dos fatos à decisão aplicanda.*

NORMAS PROCESSUAIS: PRECLUSÃO.

*Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não
suscitada na impugnação apresentada à instância a quo.*

SELIC. CONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe ao julgador administrativo apreciar a constitucionalidade de leis e atos administrativos por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE. EFEITO DE CONFISCO. CONSTITUCIONALIDADE.

Ante a existência de previsão legal é de se aplicar a multa de ofício em percentual de 75% nos casos em que não há recolhimento do tributo.

Recurso Voluntário Negado

O sujeito passivo dissentiu da decisão que lhe foi desfavorável e apresentou recurso especial, fls. 350/445, por meio do qual requereu a reforma do acórdão ora fustigado.

O recurso foi admitido pelo Presidente da Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento do CARF, por meio de despacho às fls. 466.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls. 469/481.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando, Relatora

Aprecio Recurso Especial interposto em nome de CINBAL COMÉRCIO INDÚSTRIA E BENEFICIAMENTO DE LTDA., em boa forma.

A admissibilidade do recurso foi realizada pelo Presidente da Quarta Câmara da Terceira Seção do CARF, e foi por mim revista.

Insurge-se a empresa contra o prazo de decadência da Cofins, considerada no voto *a quo* 10 anos a partir do fato gerador, e a aplicação imediata de decisão proferida pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade pelos órgãos julgadores administrativos, referindo-se à inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718, de 1998.

Início minha apreciação pelo segundo tema peticionado - inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

Com a devida licença do autor, Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, e minhas homenagens transcrevo parte de seu voto sobre a matéria;

Entendo que o controle concreto de constitucionalidade tem efeito interpartes, não beneficiando nem prejudicando terceiros alheios à lide. Para que produza efeitos erga omnis, é preciso que o Senado Federal edite resolução suspendendo a execução do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF. Não desconheço que o Ministro Gilmar Mendes, há muito vem defendendo a desnecessidade do ato senatorial para dar efeitos geral às decisões da Corte Maior, mas essa posição ainda não foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora

alguns passos importantes já foram dados, como é o caso da súmula vinculante. De qualquer sorte, a resolução senatorial ainda se faz necessária, para estender efeitos de decisões interpartes a terceiros alheios à demanda.

*De outro lado, o regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais trouxe a possibilidade de se estender as decisões do STF, em controle difuso, aos julgados administrativos, conforme preceitua a Portaria nº 256/2009, Anexo II, art. 69. Este dispositivo reproduz a mesma redação prevista no regimento anterior (art. 49, na redação dada pela Portaria nº 147/2007): **É vedado afastar a aplicação de lei, exceto ... I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.***

Note-se que tal dispositivo cria uma exceção à regra que veda este Colegiado afastar a aplicação de dispositivo legal, mas exige que a inconstitucionalidade desse dispositivo já tenha sido declarada por decisão definitiva do plenário do STF. Não basta qualquer decisão da Corte Maior, tem de ser de seu plenário, e, deve-se entender como definitiva a decisão que passa a nortear a jurisprudência desse tribunal nessa matéria. Em outras palavras, decisão definitiva, na acepção do art. 69 do RICARF é aquela reiterada, assentada na Corte.

O caso dos autos, a meu sentir, amolda-se, perfeitamente, à norma inserta no artigo 69 suso transcrito, posto que a questão da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 encontra-se apascentada no Supremo Tribunal Federal, inclusive, fez parte de minuta de súmula vinculante, que não foi adiante por causa de uma outra decisão desse Tribunal, referindo-se à base de cálculo das contribuições devidas pelas seguradoras. Neste caso, houve certa confusão sobre o conceito de faturamento e de receita, o que levou o STF a não sumular a matéria sobre o alargamento da base de cálculo das contribuições, mas, de qualquer sorte, continua valendo a decisão no tocante à base de cálculo das contribuições incidentes sobre sociedades não financeiras ou seguradoras.

8 Em outro giro, tem-se notícia de que a própria PGFN já emitiu parecer no sentido de autorizar seus procuradores a não mais recorrerem das decisões judiciais que reconheçam a inconstitucionalidade do denominado alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, fato esse que corrobora o entendimento de se aplicar ao caso em exame a decisão plenária do SRF sobre o indigitado alargamento da base de cálculo da Cofins..

A jurisprudência do CARF caminha no sentido de estender a decisão do STF sobre o alargamento da base de cálculo das contribuições aos julgamentos administrativos. Neste sentido, votou a Ilustre Conselheira Maria Tereza Martinez, que rendo as homenagens de praxe, e preço licença para transcrever excerto de seu voto.



ILEGALIDADE DA LEI Nº 9.718/98 Perdeu igualmente interesse para o deslinde deste processo a questão do alargamento da base de cálculo.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário no 357.950, em 09/11/2005 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou a inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento perpetrada pelo art. 3º, § 1º, da Lei no 9.718/98.

Portanto, à luz daquele julgado, somente as receitas provenientes da venda de mercadorias e serviços podem sofrer a incidência do PIS e da Cofins, o que não é o caso do valor do ICMS registrado extemporaneamente.

No tocante à extensão dos efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 77 da Lei nº 9.430/96, o Presidente da República baixou o Decreto nº 2.346/97 para disciplinar a atuação dos órgãos da Administração Pública.

Ora, o art. 4º, parágrafo único, do Decreto no 2.346/97, estabelece que "(...) Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (...)".

*Cabe observar que a matéria, de aplicar ou não decisão do Pleno do STF, antes da expedição de Resolução, no meu entender, não se alterou ao longo dos vários Regimentos Internos aprovados, quer dos então Conselhos de Contribuintes, quer do atual CARF. O atual Regimento Interno (art. 69 da Portaria nº 256/2009) reproduz a mesma redação prevista no anterior (art. 49, na redação dada pela Portaria nº 147/2007): É vedado afastar a aplicação de lei exceto : **"I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;"** A questão foi bem tratada por diversas vezes neste órgão administrativo. Cito, no entanto, o julgamento ocorrido do Rec. 127006, pela Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Acórdão nº 20217530 (naquele caso PIS, variações monetárias), pela qual peço vênia para reproduzir excertos como se meus fossem:*

Este Conselho de Contribuintes possui larga experiência no trato com lides cujo mérito versava sobre matéria que o plenário do STF julgou inconstitucional, incidenter tantum, e que no aguardo da Resolução do Senado Federal, manteve por muito tempo a exigência de tributo já reputado definitivamente inconstitucional ou mesmo ilegal, nos casos julgados pelo STJ.

Há que se aprender com a experiência. Não que se possa aqui decidir açodadamente após inaugurais decisões nesse sentido pelas Cortes Constitucional ou Legal. No caso em tela não é esta a circunstância. Trata-se de matéria que há muito vem gerando conflito entre o Fisco e os contribuintes, tendo sido alvo de sentenças judiciais de monta, contrárias aos interesses do Fisco.

O volume dessas decisões atingiu seu ápice com a decisão do STF, a qual, publicada, transitou em julgado em 29 de setembro de 2006, sendo enviada pelo Presidente do STF ao Presidente do Senado Federal em 03/10/2006, em cumprimento ao disposto na Constituição Federal.

Portanto, entendo que não há a que resistir. O julgador administrativo tem como limite de decidir as normas legais em vigor, não lhe competindo apreciar inconstitucionalidades ou ilegalidades. Ao revés, a inconstitucionalidade do dispositivo fundador da atuação encontrasse declarada por sentença transitada em julgado pelo órgão designado pela Constituição da República, no art. 102, inciso III, alínea "a", a julgar causas decididas quando a decisão recorrida contrariar seus dispositivos ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

E, consoante dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o direito, devendo a Administração pública, segundo dispõe o caput, obedecer, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ademais, também não compete ao julgador administrativo dar seqüência à exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos ex tunc, pela Corte constitucional. Seria de extremo non sense e mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados da Lei nº 9.784/99 manter a exigência tributária, remetendo o contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagarem por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência, ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à via crasis do solve et repete.

Nem uma nem outra. Na sutileza desse momento é que se justifica a existência de um tribunal administrativo. Não pode o julgador administrativo, posicionado diante de tal circunstância deixar de enfrentar as vicissitudes de ter de um lado a lei formalmente ainda válida e eficaz, de outro a sentença transitada em julgado, proferida pelo Tribunal Maior do País, que mitiga, reduz, apequena o alcance pretendido pela lei no sentido de avançar sobre o patrimônio do particular.

Entendo estar na esfera de competência do julgador administrativo afastar a exigência tributária que se encontra sob sua apreciação, cuja inconstitucionalidade já tenha sido declarada, porém, ainda não ampliada para os efeitos erga omnes, o que ocorrerá inexoravelmente por ser conduta formal de outro Poder, cuja atuação nem sempre está sincrônica com o tempo e a necessidade da sociedade, afastando, com isso, as



inevitáveis ações judiciais e maiores embaraços para o tesouro nacional e para o contribuinte. Não bastasse toda a fundamentação argumentativa acima arrazoada, tal entendimento também encontra supedâneo na norma que rege os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária a serem observados pelos órgãos julgadores.

Dispõe o art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/1997:

“Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (negrito inserido).

Compulsando as regras de redação oficial de atos normativos com o objetivo de perquirir o exato alcance da ordem contida no referido parágrafo único, de vez serem existentes vozes isoladas que entendem estar o citado parágrafo único atrelado ao caput do artigo, ensejando a existência de autorização ou ordem expressa dos órgãos que cita para que os órgãos julgadores da Administração Fazendária se considerem “autorizados” a afastar norma declarada inconstitucional, constata-se comando normativo diametralmente oposto a tal entendimento.

O Decreto nº 4.176, de 28/03/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, ao regulamentar a Lei Complementar nº 95/1998, determina a forma técnica de redação consoante no art. 23, inciso III, alínea “c”, sendo que para a obtenção de ordem lógica os parágrafos deverão expressar os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida, conforme se confere a seguir:

“Da Redação

Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

III - para a obtenção de ordem lógica:

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.”

Aplicando a regra ao artigo 4º do Decreto n° 2.346/97, é de imediata compreensão, por qualquer operador do Direito, que o disposto no parágrafo único se constitui em uma exceção à regra estabelecida no caput, pelo simples motivo de o caput referir-se a órgãos diversos dos citados no parágrafo único, sem que exista qualquer liame de subordinação ou mesmo coordenação entre os citados órgãos para aplicação de seus termos.

Aliás, quanto à possibilidade de subordinação dos órgãos administrativo julgadores à hierarquia da Administração Pública, válido buscar os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da matéria:

“Sendo competência exclusiva, absolutamente exclusiva, isto afasta qualquer possibilidade de controle e o órgão fica praticamente fora da hierarquia da Administração Pública. Eu citaria dois tipos de órgãos que ficam fora da hierarquia administrativa. Em primeiro lugar, os órgãos consultivos (...).

Uma autoridade superior não pode obrigar um determinado funcionário encarregado de função consultiva a dar um parecer neste ou naquele sentido ... A segunda modalidade de órgãos que estão fora da hierarquia são justamente os órgãos administrativos encarregados do processo administrativo tributário. É verdade que principalmente os órgãos de 1ª Instância exercem outras funções além dessas funções julgadoras, e, nessas outras funções, estão integrados na hierarquia. Mas, no que diz respeito especificamente às decisões no processo administrativo fiscal, não estão integrados na 12ª hierarquia; também não obedecem ordens, não seguem instruções; eles têm até uma composição mista, parte com representantes dos próprios quadros da Administração Pública e parte com representantes da sociedade.”

A matéria em foco - alteração da base de cálculo da Cofins e do PIS pela Lei n° 9.718/98 – foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, constituindo-se em decisão definitiva daquele Tribunal, uma vez que proferida pelo Pleno, com a participação e voto de todos os Ministros que o compõem.

À época da lavratura do auto de infração outra não podia ter sido a atuação do autuante. Também agora, à época do julgamento, outra não pode ser a posição do julgador que não exonerar a exigência constituída.

Importante mencionar que acatar a decisão do STF não é o mesmo que declarar a inconstitucionalidade de lei, o que,

realmente, não está na alçada dos órgãos administrativos eis que essa competência é do Poder Judiciário.

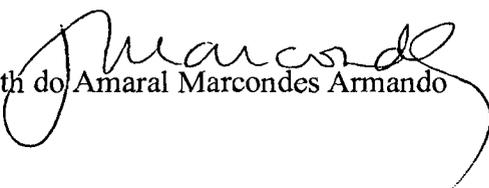
Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso do Procurador da Fazenda Nacional para manter o acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Aplicando-se, pois ao caso ora em exame, a decisão do STF que julgou inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, até a vigência da Lei 10.833/2003, a base de cálculo da Cofins voltou a ser a receita bruta correspondente a faturamento, assim entendido como o produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso apresentado pela empresa.

Quanto à decadência, também dou provimento ao recurso interposto, pois, consoante a Súmula Vinculante nº 8, de 12/06/2008, são inconstitucionais os artigos 45 e 46 da lei 8.212/91, que tratam da decadência de crédito tributário.

Por todo exposto, voto por dar integral provimento ao recurso da Empresa.


Judith do Amaral Marcondes Armando

A..