



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº 10073.001442/2002-43

Recurso nº 136.839 -Voluntário-

Matéria COFINS

Acórdão nº 204-02.153

Sessão de 25 de janeiro de 2007

Recorrente CINBAL COMERCIO INDÚSTRIA E BENEFICIAMENTO DE AÇO LTDA.
(SUCEDIDA POR INCOFLANDRES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE
FLANDRES LTDA.)

Recorrida DRJ em Belo Horizonte/MG

**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 nº 70.235/1972. Preliminar rejeitada.

**COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. REFIS. INCLUSÃO DE
DÉBITOS EX OFFICIO. 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 Nº
9.718/98. IMPOSSIBILIDADE.**

O artigo 49 da Portaria MF nº 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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho (Relator), Leonardo Siade Manzan, Mauro Wasilewski (Suplente) e Flávio de Sá Munhoz, que davam provimento para excluir as receitas excedentes ao faturamento. Designado o Conselheiro Júlio César Alves Ramos para redigir o voto vencedor.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente


JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS
Redator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Ana Maria Ribeiro Barbosa.

Relatório

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 R\$ 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, 31/03/2000, 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 97.03.022163-7) 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, 03/2000, 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 2.158/01.

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 alcançada 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 nº 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 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 referencia 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 tributaria 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 atuado, além de não conseguir impugnar o calculo utilizado, na medida em que não entende sua formula.

Acrescenta que possui a seu favor decisão judicial que autoriza a exclusão da base de calculo da Cofins das receitas transferidas para outras pessoas jurídicas, especificamente valores referentes a frete, nos termos do art. 3º, §2º, III, da Lei nº 9.718/98, conforme liminar deferida no processo nº 2002.51.04.000839-9-4ª 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 o origem da base de incidência, existindo apenas uma referencia ao livro razão e ao livro de apuração do ICMS, e porque há decisão judicial determinando a exclusão da base de calculo 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 2002.52.04.000839-9.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ 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 02-11.447, 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 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.

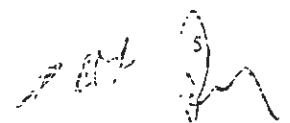
Foi efetuado o arrolamento para garantia do seguimento do recurso apresentado.
(fl. 313)

Este é o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro RODRIGO BERNARDES CARVALHO, Relator

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, por isso dele conheço.



Nulidade:

Preliminarmente, o contribuinte pleiteia a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa já que o auto de infração não descreve suficientemente os fatos em que se baseou a autoridade fiscal para promover a autuação.

Todavia, este argumento deve ser repulsado, pois compulsando os autos não se verifica a ausência da descrição dos fatos, tampouco do enquadramento legal, os quais se verificam às fl. 149/150.

Todavia, oportuno esclarecer que apesar da descrição do fato ser elemento obrigatório do auto de infração, nos termos do art. 10, III, do Decreto nº 70.235/72, sua deficiência não tem o condão de necessariamente o anular.

Esta medida extrema, somente seria recomendável se estivesse sendo preterido algum direito do sujeito passivo que tenha lhe causado prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. Note-se que este entendimento encontra guarida no artigo 60 do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

"As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Ademais, na hipótese dos autos o contribuinte usufruiu de todos meios de defesa inerentes ao processo administrativo, desde a impugnação até o recurso voluntário, pelo qual não resta dúvida de que não houve cerceamento do seu direito de defesa.

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Decadência. Cofins:

Com relação à argüida decadência da Cofins, observa-se que, para a sua declaração, seria necessário o confronto das disposições do art. 45 da Lei nº 8.212/91 com as disposições do art. 150, § 4º do CTN, o que é defeso ao julgador administrativo, a teor do disposto na Portaria MF nº 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, por envolver exame de constitucionalidade de normas em decorrência da aplicação do princípio da hierarquia.

Com efeito, o controle de legalidade do ato administrativo atribuído pelo art. 2º da Lei nº 9.784/99 somente pode ser exercido no âmbito dos Conselhos de Contribuintes, para afastar a aplicação de determinada lei ao caso concreto se este, em razão da melhor interpretação da lei, não se subsumir à hipótese nela descrita.

Foi esta a razão, apenas a título de esclarecimento, que levou a colenda 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais a acatar a decadência de 5 (cinco) anos apenas para a Contribuição devida ao PIS, não incluída no rol das contribuições previsto pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, sob a consideração de que somente as contribuições sociais recepcionadas pelo art. 195, inciso I da CF/88, dentre elas a Cofins, estariam abrangidas pelas disposições da citada lei.

204 6

Com estas considerações, afasto a preliminar de decadência.

Da exclusão da receita de terceiros:

A contribuinte impetrou Ação Ordinária no qual pretende ver reconhecido o seu direito de deduzir da base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas tidas como próprias, mas transferidas a outras pessoas jurídicas, nos termos do art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98.

Ora, torna-se imperioso reconhecer que ao submeter ao Judiciário as mesmas questões discutidas no presente processo não podem os órgãos administrativos emitir qualquer pronunciamento, sob pena de ver ferido o princípio da unicidade de jurisdição consagrado pela Constituição Federal.

Com efeito, a fim de evitar divergência de entendimentos entre os órgãos judicantes é de se aplicar o disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, e do ADN Cosit nº 3/96, para negar provimento ao recurso por renúncia tácita do contribuinte ao direito de ver apreciada esta matéria na esfera administrativa.

Inclusão dos débitos no Refis:

Afirma a recorrente que é dever da fiscalização incluir no Refis os débitos anteriores a 29 de fevereiro de 2000 constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não.

Ora, a opção pela inclusão de qualquer débito deve ser exercida pela própria empresa. Neste sentido, o Comitê Gestor do Refis expediu a Resolução CG/Refis nº 002, de 10 de fevereiro de 2000, cujo artigo 7º estabelece:

"Art. 7º A inclusão, no Refis, de débitos objeto de ações judiciais, impugnações ou recursos será efetuada a critério da pessoa jurídica."

Assim, não existe a presunção legal de que todos os débitos anteriores à adesão ao programa estariam nele incluídos, ou nele seriam incluídos mesmo após feita a inscrição.

Com efeito, não há como este Colegiado incluir, de ofício e extemporaneamente, valores não elencados pela contribuinte à época em que exerceu a opção pelo Programa.

Base de cálculo e alíquota da Cofins:

Contesta o disposto no art. 3º da Lei nº 9.718/98 que alargou a base de cálculo fazendo-a incidir sobre o faturamento, o qual corresponderia à receita bruta da pessoa jurídica.

Assim, pugna pela inaplicabilidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 ao presente caso. Convém, trazer aos autos a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou através de composição **Plenária**, por ocasião do julgamento dos RREE nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 ao concluir que na base de cálculo não podem ser inseridas outras receitas além daquelas provenientes do seu faturamento, assim considerado a "receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza".

Confira-se, a propósito, a ementa:

(...)

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98.- A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (Re 357.950; Rel. Min. Marco Aurélio)

Ora, como se sabe, ainda que esta decisão não tenha efeito vinculante, por enquanto, firma uma orientação a ser observada pelos tribunais judiciais e administrativos, com o fito de evitar julgamentos diferentes, embora em situações idênticas. Assim, decisões conflitantes sobre um mesmo assunto poderiam gerar um clima de incerteza e insegurança jurídica, comprometendo a confiança da sociedade no Estado.

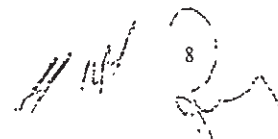
Com efeito, sob minha visão, não resta outra alternativa a este Colegiado que não a de seguir a orientação do Supremo.

Ademais, segundo estabelece o artigo 1º do Decreto nº 2.346/97, a interpretação do texto constitucional pelo STF, fixada de forma inequívoca e definitiva, deve ser aplicada pela Administração, *in verbis*:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.”

Forte no exposto, o próprio Conselho de Contribuintes, em alguns julgados têm dado aplicação imediata ao entendimento manifestado pelo Supremo. Confira-se a propósito a ementa do voto da lavra do Ilustre Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt:

PIS E COFINS - TRIBUTAÇÃO DE RECEITAS FINANCEIRAS - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9.718/98 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM COMPOSIÇÃO PLENÁRIA, NO JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS - APLICAÇÃO DO ART. 1º, DECRETO 2.346/97- A Lei n. 9.718/98, ao determinar a tributação de receitas não incluídas no conceito de faturamento, como as receitas financeiras, pelo PIS e pela COFINS, contrariou o art. 195, I, da CF/88, que, à época, autorizava a incidência das contribuições apenas sobre o faturamento. Irrelevância da Emenda Constitucional n. 20/1998. Lei inconstitucional é lei absolutamente nula, e nulidade absoluta é vício insanável, não passível de convalidação. Tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, no julgamento dos RE 390.840/MG e 346.084/PR, de observância obrigatória pelos órgãos do Executivo, a teor do disposto no art. 1º do Decreto 2.346/97.



Recurso parcialmente provido. (Rec: 143513; Acórdão 105-15452)

Assim, é de rigor o provimento parcial do presente recurso para se cancelar a autuação que adotou base de cálculo declarada inconstitucional pelo Plenário do STF.

No que tange à majoração da alíquota promovida pela mesma lei, não cabe a este Colegiado se pronunciar, pois implicaria em exame da constitucionalidade de leis e atos administrativos, que são de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme determina o artigo 101, II, "a" e III, "b", da Constituição Federal.

Da exclusão das vendas à Zona Franca de Manaus

A empresa, ora recorrente apenas em grau de recurso voluntário insurge-se contra a inclusão na base de cálculo das receitas oriundas de vendas à Zona Franca de Manaus, matéria essa não suscitada em recurso de impugnação.

Com efeito, não resta outra alternativa a não ser aplicar a preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, na redação dada pela Lei nº 9.532/1997 para não conhecer do recurso.

E assim entendo, lastreado na vasta jurisprudência do Segundo Conselho de Contribuintes sobre a matéria, valendo inclusive citar, nesta oportunidade, jurisprudência desta Quarta Câmara, *in verbis*:

NORMAS PROCESSUAIS. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. A preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, na redação dada pela Lei nº 9.532/1997, de matéria não impugnada, impede o conhecimento de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo.

Recurso não conhecido. (Rec: 128.049; Ac: 204-00.005)

NORMAS PROCESSUAIS: PRECLUSÃO. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na impugnação apresentada à instância a quo. (Rec: 126.353, Ac: 204-00.421)

Taxa Selic:

Outro ponto a ser colocado diz respeito ao lançamento dos juros calculados com base na variação acumulada da Taxa Selic. O art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional abriu a possibilidade de que outra lei alterasse a regra geral de cálculo dos juros moratórios. Confira-se o dispositivo:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1 % (um por cento) ao mês."

E, nesta esteira foi editada nova legislação tributária federal (Leis nºs 9.065/95 e 9.430/96), que passou a exigí-lo em percentual equivalente ao da Taxa Selic.

Multa de Ofício:

Por fim, no que diz respeito à multa de ofício de 75% sobre o valor do crédito tributário, é de ser mantido tal acréscimo, ante a existência de previsão legal para sua imputação nos casos de lançamento de ofício.

A propósito, confira-se a redação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96:

Art. 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I- de 75 % (setenta e cinco por cento), nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuado a hipótese do inciso seguinte.

Somente na hipótese da contribuinte estar amparada por uma medida judicial suspensiva da exigibilidade não seria aplicável a multa de ofício. Neste sentido, a redação do art. 63 da Lei nº 9.430/96:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo da competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

Ademais, apesar de entender que o legislador vedou às esferas de governo “utilizar tributo com efeito de confisco” (Constituição, art. 150, IV), não a multa, que evidentemente não se reveste de caráter tributário, não cabe ao interprete administrativo adentrar nessas questões, pois implicam em exame da constitucionalidade de leis e atos administrativos, que são de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme determina o artigo 101, II, “a” e III, “b”, da Constituição Federal.

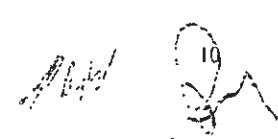
Sala de Sessões, em 25 de janeiro de 2007.


RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

Voto Vencedor

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Redator Designado

Fui designado para redigir o acórdão relativamente à matéria em que restou vencido o i. Conselheiro relator. Especificamente, a questão do afastamento da incidência da contribuição sobre receitas excedentes às de vendas de mercadorias e serviços estabelecido no art. 3, § 1º da Lei nº 9.718/98, por aplicação imediata da decisão plenária do STF que o julgou inconstitucional.



E repito aqui conclusões já expendidas em outros julgados no sentido de que mesmo após a aprovação do novo Regimento do Conselho de Contribuintes seus membros não estão obrigados a aplicar imediatamente decisão do STF que, no controle difuso da constitucionalidade dos atos legais editados, tenha afirmado inconstitucional norma regularmente editada. Tal obrigação só surge após a extensão dos efeitos de reiteradas decisões nesse sentido por meio de Resolução do Senado Federal na forma prevista no art. 52 da Constituição Federal.

É que como se sabe o inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República estabeleceu o princípio da Unicidade de Jurisdição: "*a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*". Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o "dizer o direito" e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais.

Entretanto, integra, igualmente, o nosso ordenamento jurídico o princípio de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, ainda que em última instância, apenas fazem coisa julgada entre as partes. Desse modo, mesmo quando o STF, no exercício do controle difuso da constitucionalidade dos atos legais editados, declare em sessão plena a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão produz efeitos apenas para aquele(s) que integrou(aram) a lide.

A extensão dos efeitos de uma tal decisão, ainda segundo as regras emanadas da Carta Magna, depende de expedição de ato, de exclusiva competência do Poder Legislativo. Mais especificamente, Resolução do Senado Federal que suspenda a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, inciso X).

Somente é desnecessária tal medida quando a ação que deu causa ao pronunciamento do STF for ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal.

No esteio desse entendimento, vale aqui a transcrição do art. 77 da Lei nº 9.430, de 30 de dezembro de 1996:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituir-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Com o objetivo aí previsto foi editado o Decreto nº 2.346, de 04/10/1997, cujos artigos 1º a 4º disciplinam a aplicação, em julgamentos administrativos, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Confira-se:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão

111 10 21

ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade – proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art. 1º-A. Concedida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal, ficará também suspensa a aplicação dos atos normativos regulamentadores da disposição questionada. (Artigo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Parágrafo único. Na hipótese do caput, relativamente a matéria tributária, aplica-se o disposto no art. 151, inciso IV, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, às normas regulamentares e complementares. (Parágrafo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

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;

12

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.

Vê-se que o disciplinamento do assunto é exaustivo. A hipótese ora em exame amolda-se à perfeição ao que dispõe o parágrafo único do art. 4º. Sua aplicação, no entanto, só pode ser feita respeitando a disposição do *caput*. Destarte, somente há autorização aos membros do Conselho para afastar a aplicação da lei em relação a qual o Secretário da Receita Federal e/ou o Procurador da Fazenda Nacional já se tenham pronunciado, dispensando a constituição de créditos ou a interposição de recursos.

Fiz questão de citar os artigos 1º, 2º e 3º do Decreto nº 2.346, embora os mesmos não se dirijam especificamente aos julgadores administrativos, para enfatizar que nem mesmo os demais servidores incumbidos da aplicação do direito podem deixar de aplicar a norma até que a Advocacia Geral da União faça publicar Súmula nesse sentido. Isto quer dizer que até lá, mesmo sabendo que irão inapelavelmente perder, caberá aos advogados da União promover a defesa judicial do crédito tributário.

De se notar, ainda, que o art. 1º vincula toda a Administração Federal e não apenas a Administração Tributária.

Tem-se alegado recentemente que o art. 49 do novo Regimento Interno desta Casa passou a acolher tal possibilidade sempre que a decisão do STF tenha sido proferida pelo seu Pleno.

Para clareza, vale aqui a transcrição:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

Amil 13 *[assinatura]*

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Ocorre que, a todas as luzes, o cotejo dos dois atos administrativos, de um lado o Decreto do Presidente da República, de outro, a Portaria Ministerial que aprovou o novo Regimento dos Conselhos, revela que a última instituiu nova modalidade de apreciação dos casos de inconstitucionalidade não expressamente prevista no Decreto.

Com efeito, fora os casos do art. 1º, o Decreto apenas autoriza os julgadores administrativos a não aplicar norma que já tenha sido objeto de dispensa de constituição de créditos ou de defesa administrativa, respectivamente pelo Secretário da Receita Federal e pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

De fato, o decreto não faz qualquer ressalva quanto à decisão ter sido proferida pelo Pleno do STF. Não há, conclusivamente, qualquer autorização adicional para que o Conselho de Contribuintes considere improcedente lançamento de ofício consubstanciado em lei cuja inconstitucionalidade não tenha ainda sido declarada em ação direta ou cuja inconstitucionalidade, reiteradamente reconhecida pelo STF em ações individuais, tenha sido estendida aos demais contribuintes que não tenham proposto qualquer ação.

Nesses termos, entendo que a inovação introduzida pelo art. 49 do Regimento Interno dessa Casa é, ela própria, de constitucionalidade bastante questionável, na medida em que, por via inadequada, acrescentou hipótese não contemplada no Decreto nº 2.346/97 que a deveria reger. Isso porque a autorização legal (art. 77 da Lei nº 9.430/96) contemplou apenas o Poder Executivo.

Reconheço que ela, por certo, visou ao descongestionamento do Poder Judiciário e à economia de recursos, e promoveu uma equiparação dos Conselheiros ao Secretário da Receita Federal e ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, já autorizados pelo Decreto a desistir da constituição ou da defesa de créditos lavrados com base em lei declarada inconstitucional. Porém, entendo que isso deveria ter sido feito acrescentando um dispositivo ao Decreto regulamentar, não por meio de Portaria Ministerial.

Isso não obstante, não se pode deixar de aplicá-la por considerá-la inconstitucional. Isso seria contradizer tudo que até aqui se disse. Não o farei.

Ocorre que, felizmente, ela não obriga à aplicação imediata de toda e qualquer decisão Plenária. De fato, a norma nova apenas **retira o impedimento** que antes havia. Como se sabe, do ponto de vista lógico, “não ser impedido de” não significa “ser obrigado a”.

Ou seja, em respeito aos princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a única interpretação que permite integrá-la às disposições do Decreto a que devia obedecer, é entender que ela deixou ao alvedrio dos julgadores a aplicação imediata daquelas decisões, **quando convencidos da exata correlação entre os fatos do processo e o conteúdo da decisão proferida na mais alta Corte**. E a gravidade da sua adoção obriga a que essa análise seja, caso a caso, extremamente cuidadosa.

E no caso concreto é forçoso reconhecer que as recentes decisões do STF que declararam inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins pela Lei nº 9.718/98 estão ainda a carecer de maiores esclarecimentos.

É que na Magna Corte se tem consignado que a noção de faturamento a que aludiam tanto a Lei Complementar nº 70, no que tange à Cofins, quanto a Lei nº 9.715/98, no que concerne ao PIS, corresponderiam à receita **da própria atividade da empresa**. Ou seja, sob o conceito contábil, a decisão confunde receita bruta com receita operacional.

Ora, não fora isso que pleitearam todos os contribuintes que ingressaram com ações contra aquela lei. Quêriam eles que o STF ratificasse o seu entendimento de que faturamento significa receita da venda de bens ou serviços. Com isso, qualquer empresa, fosse de que ramo fosse, nunca incluiria receitas que não fossem provenientes de vendas – financeiras e outras – naquelas bases de cálculo.

Entretanto, na forma como acabou sendo aprovado o acórdão daquela Casa, salvo melhor juízo (a ser por ela mesma proferido), até mesmo empresas exclusivamente financeiras estarão sujeitas ao pagamento das contribuições sobre essas receitas, que são, por óbvio, às receitas provenientes de suas atividades. Para as demais, há de se analisar cada receita de modo a verificar se caracterizam ou não atividades próprias da empresa, no que não há critério único a utilizar.

Essas implicações gravíssimas para o seu entendimento provavelmente foram o principal motivo para que fosse retirada de pauta, no STF, proposta de conversão dele em Súmula, aí sim vinculante de todos os tribunais inferiores.

No presente caso, por exemplo, a empresa pretende, segundo o Relatório, excluir receitas decorrentes de juros sobre o capital próprio recebidos em decorrência de investimentos em outras empresas. Ora, não parece claro que tais receitas não sejam “decorrentes das atividades próprias da empresa” na medida em que tais investimentos em outras empresas estão, por certo, previstos em seu contrato social. Isso, aliás, ratifica a afirmação acima de que o que querem todos os contribuintes – inclusive este – é ver restringido o conceito de faturamento à mera receita de venda de mercadorias e/ou serviços, como anteriormente definido na Lei Complementar nº 70 e reiterado pela Lei nº 9.715.

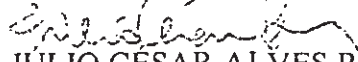
Assim também sempre entendeu o STF até a nova interpretação dali oriunda. Por ela, parece longe de estar claro que a receita proveniente do recebimento de juros sobre o capital próprio deva ser excluída.

Nesses termos, mesmo que se tente dar aplicação à decisão do STF, não me parece possível concluir que a receita discutida deva ser excluída.

E é essa dificuldade, que sempre se manifestará nas diversas situações individuais, que me faz entender impossível estender diretamente, com base nas novas disposições regimentais aquela decisão a contribuintes que não tenham decisão própria que afirme expressamente o alcance da expressão faturamento.

Com essas considerações, repilo também esse argumento para negar provimento ao recurso, no mérito.

Sala de Sessões, em 25 de janeiro de 2007.


JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS