



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10283.000092/2005-75
Recurso nº 234.354 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.845 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de outubro de 2010
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2004

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A base de cálculo da Cofins é o faturamento e, em virtude de inconstitucionalidade declarada em decisão plenária definitiva do STF, devem ser excluídas da base de cálculo as outras receitas tributadas com base no dispositivo legal declarado inconstitucional.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2004

COFINS. DECADÊNCIA.

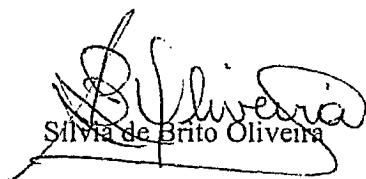
Salvo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, é de cinco anos contados a partir do fato gerador o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário relativo à Cofins.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Fez sustentação oral, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o Dr. Marco Aurélio Marques

Nayra Bastos Manáta - Presidente


Sílvia de Brito Oliveira
Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ângela Satori (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada neste processo foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência tributária relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro de 1999 a junho de 2004, com a multa aplicável nos lançamentos de ofício e os juros moratórios correspondentes.

Na descrição dos fatos e enquadramento legal do auto de infração, a fiscalização consignou que, no período de fevereiro de 1999 a junho de 2004, a autuada não oferecera à tributação valores relativos à subvenção referente a benefício fiscal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), configurada como isenção desse imposto, que evidenciaria *"antes de tudo um não-desembolso financeiro, isto é, um benefício que passa a integrar o capital de giro do negócio"*.

No período de abril de 2001 a março de 2002, o lançamento compreende também valores do crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) que não haviam sido incluídos pela contribuinte na base de cálculo da Cofins.

A peça fiscal foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém-PA (DRJ/BEL) julgou procedente o lançamento, nos termos do voto condutor do Acórdão constante das fls. 170 a 197, ensejando a interposição do recurso voluntário das fls. 202 a 247 para alegar, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, visto que não foram enfrentadas as alegações da peça impugnatória relativas a inconstitucionalidades e ilegalidades da legislação que embasa a peça fiscal.

No mérito, alegou-se, em síntese, que:

a) o lançamento compreende valores que já foram alcançados pela decadência, pois, ao caso, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN);

b) à época da edição da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, o texto constitucional só autorizava a instituição de contribuição social sobre o faturamento;

c) só pode ser tido como receita o ingresso de recursos que passem a fazer parte do patrimônio do contribuinte. O simples registro na contabilidade da entrada de determinada importância não transforma esse montante em receita. Receita, para fins de incidência da contribuição é um conceito substancial (jurídico), e não contábil;



d) os incentivos fiscais usufruídos pela recorrente não podem ser tributados pela contribuição, pois não se trata de ingressos e, tampouco, de receita (ou entrada). Incentivos fiscais são valores que a recorrente deixa de recolher e, portanto, não ingressam em sua contabilidade e, muito menos, acrescem algo a seu patrimônio;

e) pretender tributar tais valores fere o princípio da capacidade contributiva e traduz claro efeito confiscatório do tributo;

f) o que o contribuinte deixa de recolher a título de tributo, em virtude de lei que o exonera, não pode ser base de cálculo para o PIS e a Cofins;

g) os incentivos fiscais e o crédito presumido de IPI não são subvenções. Subvenção é categoria de direito financeiro, não depende da existência de uma relação tributária, e consiste sempre em um dispêndio de dinheiro público em prol de um investimento a ser realizado pelo particular;

h) da leitura do auto de infração, não resta claro se foi observada ou não a não-cumulatividade da Cofins, tal como preconizada pela Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, não se podendo aferir quais créditos foram considerados ou sequer se foram considerados créditos; e

i) é inconstitucional e a ilegal a utilização da taxa refeencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para o cálculo dos juros moratórios.

Ao final, a recorrente solicitou a nulidade da decisão recorrida, por não terem sido apreciadas todas as razões de defesa aduzidas na peça impugnatória, ou a reforma da referida decisão para cancelar integralmente o lançamento ou, pelo menos, para exclusão da taxa Selic no cálculo dos juros de mora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sílvia de Brito Oliveira, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo, pois, ser conhecido.

Quanto à decadência do direito de formalização da exigência, cumpre lembrar que, na sessão plenária de 12 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte enunciado:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Por conseguinte, uma vez que a publicação do enunciado vinculante por meio da imprensa oficial deflagra a sua imediata eficácia, notadamente para a Administração



Pública, impõe-se que se afaste a aplicação dos dispositivos legais declarados inconstitucionais e se aplique ao caso, por tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o art. 150, § 4º do CTN, que estabelece prazo quinquenal, contado a partir da ocorrência do fato gerador, para a Fazenda Pública formalizar a exigência tributária.

Em face disso, há que se reconhecer extinto, na forma do art. 156, inc. V, do CTN, o crédito tributário decorrente dos fatos geradores anteriores a janeiro de 2000, tendo em vista que a recorrente teve ciência do auto de infração em 05 de janeiro de 2005.

Quanto às razões recursais relativas à nulidade da decisão recorrida, eximome de aqui apreciar-las, tendo em vista o disposto no art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

A base da exigência tributária em questão compreende valores recebidos pela ora recorrente a título de crédito presumido do IPI e valores que, de acordo com a fiscalização, não foram recolhidos a título de ICMS, em virtude de isenção concedida pelo Estado do Amazonas.

Destarte, não se tratando de receita de vendas de bens ou de serviços ou de bens e serviços, tem-se que tais valores foram inseridos na base de cálculo da Cofins por força do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, e, portanto, está-se diante da hipótese prevista no art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que prescreve:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF 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; ou

(...)

Cumpre então registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da supramencionada lei, tendo o Acórdão correspondente transitado em julgado em 5 de setembro de 2006.

Ora, a disposição regimental acima transcrita emana do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, a meu ver, no parágrafo único do seu art. 4º, trata de situação excepcional ao **caput** do artigo, pois, não mantendo o Carf subordinação hierárquica ao Secretário da Receita Federal, tampouco ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, seria exdrúxulo supor que a atuação desses órgãos julgadores estivesse vinculada a determinações emanadas dessas autoridades. Nesse ponto, frise-se que o próprio **caput** do art. em comento limita a abrangência dessas determinações ao âmbito das respectivas competências, referindo-se, com isso, não só à segregação das competências do Secretário da Receita Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, mas também à delimitada esfera de atuação de cada um, que, a todas as luzes, nesse particular, não alcança os órgãos julgadores da segunda instância administrativa.



Destarte o Decreto em tela, ao dispor sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais, expressamente impôs aos órgãos julgadores da administração fazendária o dever de afastar dispositivo declarado inconstitucional e, se tal dever não era cumprido até a publicação do novo Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é porque anterior disposição regimental, materializada no art. 22A introduzido pela Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, no regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, vedava expressamente o afastamento de dispositivo legal em virtude de inconstitucionalidade, na hipótese de que aqui se cuida.

Assim, a alteração da norma regimental, desde a Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, evidencia a mudança de entendimento sobre a matéria do Sr. Ministro da Fazenda e, nesse ponto, não se pode olvidar a subordinação direta dos Conselhos de Contribuintes a esse Ministro de Estado.

Note-se, pois, que o art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, cuidou de atribuir competência a dirigentes da administração fazendária para determinar, no âmbito de suas atribuições, que não se prossigam com exigências tributárias fundamentadas em dispositivos declarados inconstitucionais e, em seu parágrafo único, tratou das exigências já constituídas e na fase litigiosa do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário para deferir aos julgadores administrativos a competência para, na apreciação da lide, afastar os referidos dispositivo, conforme a seguir transcrito:

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.

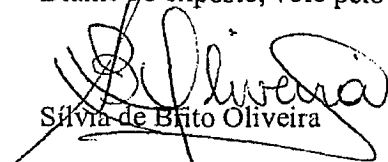
Assim sendo, as receitas que não configuram faturamento conforme definido na Lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, foram tributadas pela Cofins com supedâneo no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que foi declarado inconstitucional em decisão plenária definitiva do STF, estando, portanto, configurada a hipótese do art. 62, parágrafo único, inc. I, do já citado Regimento Interno do Carf, que, combinado com o disposto

no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346, de 1997, impõe o cancelamento da exigência tributária sobre essas receitas.

Cumpré lembrar, contudo, que, para os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2004, a menos que se trate de uma das hipóteses previstas no art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, o que não foi esclarecido nestes autos, a exigência da Cofins deveria ter sido formulada em conformidade com esta última lei aqui citada.

Da leitura do auto de infração, não se verifica nenhuma menção à Lei nº 10.833, de 2003. Também não consta dos demonstrativos das diferenças apuradas alguma referência à forma de apuração da base de cálculo da Cofins prevista na mencionada lei. Assim, também para os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2004, não deve permanecer a exigência tributária, seja porque feita sem observância da legislação aplicável, seja porque, sendo aplicável a Lei nº 9.718, de 1998, o dispositivo legal que trazia para o campo impositivo da Cofins os valores ora tributados foi declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do STF.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso.


Sílvia de Brito Oliveira