



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

Processo n° 10320.003105/2004-93
Recurso n° 233.896 Voluntário
Acórdão n° 3403-00.794 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2011
Matéria COFINS
Recorrente IMPERIAL MOTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES DA RECEITA DE VENDAS. DEVOLUÇÕES E/OU CANCELAMENTO DE VENDAS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE.

As devoluções e/ou cancelamentos de vendas são admissíveis como abatimento da receita de vendas de mercadorias no período correspondente, nos termos da legislação de regência, desde que devidamente comprovadas por meios hábeis e idôneos, através de documentos fiscais e regular escrituração contábil e fiscal, o que não se verifica quando aludidos elementos não guardam correspondência entre si e tampouco demonstram o efetivo reingresso das mercadorias nos estoques da pessoa jurídica.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS. FATURAMENTO. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins pela reconceituação do termo faturamento, o que, pela dicção do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, permite a este Conselho Administrativo aplicar tal entendimento.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A aplicação da multa de ofício encontra amparo na legislação ordinária, falecendo competência a este Conselho Administrativo para examinar aventada onerosidade ou mesmo o caráter confiscatório deste consectário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

EXPOSIÇÃO DE RAZÕES DE INCONFORMISMO APENAS EM RECURSO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OCORRÊNCIA.

Todos os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a contrariedade, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir o recorrente devem ser apresentados na impugnação, sob pena de precluir o direito de fazê-lo em outra oportunidade, ainda que o seja em recurso voluntário, a teor dos arts. 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir das bases de cálculo as receitas financeiras nos períodos de apuração fevereiro e março de 2000.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Robson José Bayerl - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz..

Relatório

Cuida-se de auto de infração de Cofins, período dezembro/1999 a março/2002, lavrado para exigir diferenças do tributo pela indevida exclusão de vendas canceladas/devoluções de vendas não comprovadas, receitas financeiras não oferecidas à tributação e omissão de vendas por manutenção de passivo fictício.

Em detalhado relatório de descrição dos fatos, as autoridades fiscais informaram que constatarem registros de partidas mensais relativas a vendas canceladas não comprovadas, tendo o contribuinte, após diversas reintimações, apresentado várias notas fiscais de entrada com a expressão “cancelada” aposta manualmente em todas as vias, sendo que, do cotejo de tais documentos com aqueles lançados no livro Registro de Saídas, verificou-se que nunca compuseram o valor das vendas, porquanto o cancelamento se deu por erros de preenchimento, daí não decorrendo qualquer registro naquele livro; que se as notas não foram computadas como vendas, logicamente, não poderiam ser abatidas do seu montante; que, indagado acerca da inconsistência contábil, o contribuinte afirmou que cuidaria a rubrica contábil de “devoluções de vendas” e não “cancelamento de vendas”, como escriturado, apresentando diversas notas fiscais de entrada, de sua emissão, com os mais variados motivos, a saber: retorno de saídas para comercialização, retorno de saídas para exposição e/ou

demonstração, devolução para demonstração, dentre outros; que, buscando apurar a veracidade das alegações, foi o contribuinte intimado a comprovar as devoluções pela apresentação conjugada das notas fiscais de vendas originárias, recibos de entrada, contratos de financiamento, notas fiscais de devolução ou equivalente, documentos relacionados ao desfazimento do negócio, registro contábil das operações, rescisão do financiamento, além de outros julgados necessários, o que, no entanto, não foi providenciado, em que pese a reiteração das intimações para tanto; que a falta de comprovação das vendas canceladas sinalizaria que as saídas não corresponderam efetivamente a vendas, mas simples remessas de mercadorias, que não afetaram os valores das vendas; que, mesmo firmes nesta premissa, levantaram todos os retornos de mercadorias nos CFOP correspondentes (1.32, 2.32 e 3.21), com a relação das respectivas notas fiscais de entrada emitidas pelo contribuinte, e o intimaram a correlacionar as alegadas notas fiscais de vendas, o que também não foi feito; que para evidenciar os esforços da fiscalização foi buscada a compatibilização entre os fatos alegados e os registros fiscais do ICMS, todavia, as discrepâncias entre os valores das devoluções e os supostos registros seriam gritantes, citando exemplos; que, mesmo havendo pretensas devoluções de vendas ou vendas canceladas, não houve qualquer recomposição do estoque, de modo que a conta de registro do estoque de mercadorias não foi movimentada; que em nenhum momento o contribuinte escriturou qualquer lançamento contábil que substanciasse indigitadas devoluções; que, sendo o contribuinte concessionário de motocicletas, motonetas e congêneres, fornecimentos de peças e prestação de serviços correspondentes, seria notório que a devolução de bens desta natureza não ocorreria com a frequência e o volume apontado pela empresa, o que evidenciaria erro na classificação contábil dos redutores de vendas, que, porém, não teriam o condão de afetar as bases de cálculo da contribuição, como procedeu o contribuinte; que a simples emissão de notas fiscal de entrada e seu registro no livro de entradas, desacompanhados de quaisquer outros lançamentos e elementos comprobatórios, não seria suficiente para respaldar devoluções de vendas e abatimento da base de cálculo de tributos; que a manutenção de obrigações a pagar não comprovadas configura passivo fictício e, por implicação, omissão de receitas; e, que as receitas financeiras deveriam ser incluídas na base de cálculo da exação.

Referido relatório ainda noticia procedimento de correção de saldo negativo de imposto de renda, sem apuração de imposto a pagar, e a atribuição de responsabilidade subsidiária à pessoa jurídica ALVORADA MOTOCICLETAS LTDA., ao passo que esta teria tomado a frente da distribuição dos produtos antes efetuada pelo contribuinte autuado, no mesmo endereço, e que, além disso, alguns sócios das pessoas jurídicas em questão seriam comuns, o que atrairia a responsabilidade do art. 133, II do CTN.

Em impugnação o contribuinte sustentou que seu principal produto comercializado, motocicletas, estava submetido ao regime de substituição tributária, não cabendo qualquer pagamento nas operações efetuadas no varejo; que os fatos apurados pela fiscalização não teriam reflexo na apuração do valor devido; que as vendas canceladas não fazem parte da base de cálculo da Cofins, à luz do art. 3º, § 2º, I da Lei nº 9.718/98; e, que mesmo não incidindo a regime de substituição tributária, não comporiam as vendas canceladas a base de cálculo da contribuição social.

A DRJ Fortaleza/CE reputou o lançamento procedente argumentando que não havia dúvida que a partir de 12/06/2000, por força do art. 44 da MP 1.991-15, as motocicletas comercializadas pelo contribuinte estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, todavia, seu faturamento não era composto exclusivamente por tais receitas, haja vista a informação, mesmo a partir da vigência daquele dispositivo, de valores sujeitos ao PIS/Pasep e Cofins em DCTF e DIPJ, de tal sorte que a tese defendida pelo contribuinte não afetaria a

infração correspondente às vendas canceladas; que não haveria qualquer vínculo que permitisse relacionar a receita de venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária com os valores indevidamente abatidos, a título de vendas canceladas; que, não questionando a defesa esse fato, ter-se-ia como incontroverso, nos termos do art. 343, III do CPC; que foram franqueadas diversas oportunidades ao sujeito passivo para comprovar a suposta vinculação entre notas canceladas e vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Em voto vencido o relator original, vislumbrando que não havia como identificar se as vendas de produtos sujeitos à substituição tributária foram ou não incluídas na apuração levada a efeito pela fiscalização, propunha a conversão do julgamento em diligência para esclarecimento da verdade material dos fatos alegados nos autos.

Em recurso voluntário o contribuinte afirma que comercializa motocicletas, sendo imperativo a emissão de nota fiscal de venda para registro junto ao órgão de trânsito competente, o que evidenciaria a impossibilidade de venda deste produto sem expedição do documento fiscal; que a recorrente mantinha filial no município de Pinheiro-MA, para onde eram transferidas motocicletas com a emissão de notas fiscais de vendas e não como transferência, o que seria o correto; que eram enviadas motocicletas para exposição em feiras e eventos similares, que foram faturadas equivocadamente como vendas; que tal erro somente foi constatado quando do fechamento do balanço, daí o procedimento de lançamento de acerto no final de cada mês, como vendas canceladas; que as afirmações da fiscalização só poderiam ser confirmadas por meio de perícia; que, mesmo não havendo pedido de perícia neste processo, houve solicitação neste sentido no processo reflexo de IRPJ; que o reconhecimento do registro das notas fiscais nos livros Diário e Razão lançaria por terra a omissão de receita; que, mesmo havendo omissão de receita, não haveria que se falar em tributação, devido à submissão dos produtos comercializados pela recorrente ao regime de substituição tributária. Fazendo referência a uma suposta diligência no processo 10320.003102/2004-50 (IRPJ), o contribuinte sustenta que os livros Diário estão devidamente registrados na Junta Comercial competente; que, como não houve lançamento arbitrado por parte do Fisco, não há incerteza quanto à base de cálculo do tributo; que, mesmo estando os livros irregulares, foi possível a efetivação do cálculo, donde se conclui que não houve qualquer omissão de receita; que os documentos que suportam as bases de cálculo dos tributos devem ser registrados nos livros Diário e Razão e não nos livros Registro de Saídas; que a imputação de uma manobra por parte do contribuinte para eximir-se do tributo carece fundamento real; que não foi buscada a verdade dos fatos; que todas as notas fiscais canceladas dizem respeito à venda de motocicletas; que houve erro escusável na emissão das notas fiscais canceladas; que para provar o alegado juntou várias notas fiscais emitidas com um mesmo número de chassi, o que não seria possível para registro junto ao DETRAN; que tal prova não foi feita antes porque a autoridade detinha todos os documentos fiscais; que, de posse da documentação, o contribuinte fez um levantamento minucioso e constatou a numeração de chassi em duplicidade; que a existência de notas fiscais em duplicidade para um mesmo chassi demonstra claramente que o estorno de uma delas foi devido; que a multa tem caráter confiscatório, por ser superior a 30 % (trinta por cento).

O contribuinte juntou aos autos uma relação de supostas notas fiscais que teriam sido emitidas em duplicidade para um mesmo chassi, sem, no entanto, fazer a correlação entre elas e as notas fiscais de cancelamento de vendas.

Não foram apresentadas cópias das notas fiscais ou mesmo dos livros onde estariam registradas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, devendo ser conhecido.

No que toca à não comprovação da efetiva ocorrência dos cancelamentos e devoluções de vendas indicados pelo recorrente, a fiscalização apontou dois fatos distintos como suporte para a autuação e que serão objeto de exame nesta oportunidade, a saber, i) que as notas fiscais canceladas nunca compuseram o valor das vendas, como constatado pela escrituração contábil e fiscal, de modo que, a contrário senso, não poderiam ser utilizadas como redutor do faturamento, e ii) que as devoluções de vendas, por seu turno, respaldadas em notas fiscais de entradas de emissão da própria autuada não guardavam correspondência com as respectivas notas de vendas, em tese, emitidas anteriormente.

Em relação às vendas canceladas, ainda durante o procedimento fiscal, foi reconhecida a improcedência de seu cômputo, todavia, acompanhada da alegação que o valor abatido da base de cálculo da contribuição diria respeito, isto sim, a **devoluções de vendas** e não a **cancelamento de vendas**.

Em impugnação foi sustentado que, estando as mercadorias comercializadas sujeitas ao regime de substituição tributária, as vendas canceladas não influenciariam a apuração da contribuição, simplesmente porque não submetidas à incidência tributária quando da operação de venda. Ocorre que esse raciocínio revela uma incongruência intransponível porque, se estas “vendas canceladas” nunca foram computadas como receitas de vendas, o que não é contestado, pelo contrário, é confirmado pela escrituração do recorrente, ao se registrar tal abatimento houve afetação da base de apuração das vendas relativas aos demais produtos e serviços comercializados e não submetidos ao regime de substituição tributária, como é o caso, por exemplo, dos serviços de oficina e a venda de peças de reposição.

Portanto, diversamente do que ponderou o recorrente, este procedimento, em que pese não influenciar as receitas das vendas de motocicletas, em face da substituição tributária, tem clara implicação com a apuração do tributo concernente às demais receitas.

A propósito das devoluções de vendas, sua não aceitação, como já alinhavado, se deveu à inexistência de correlação entre as notas fiscais de saída emitidas e as notas fiscais de entrada pelo suposto retorno da mercadoria.

Como exaustivamente apontado na descrição dos fatos, a fiscalização franqueou diversas oportunidades ao recorrente para que justificasse as diferenças existentes entre as saídas e as entradas envolvidas na infração apurada, o que em momento algum foi feito a contento.

A própria fiscalização tentou - em vão, diga-se - reconstituir essas operações, a partir dos documentos e livros fiscais disponibilizados, entretanto, o resultado foi claramente insatisfatório, destacando os agentes, a título exemplificativo, indigitado descompasso: para a nota fiscal de saída nº 4868, de 17/07/97, no valor de R\$ 375,42, estava vinculada a notas fiscal de devolução nº 7204, de 03/98, no valor de R\$ 2.800,00; para a nota fiscal de saída nº 4757,

de 23/07/97, valor de R\$ 133,28, imputava-se a nota fiscal de entrada nº 7294, de 03/98, no valor de R\$ 3.000,00; e assim por diante.

Também foi consignado que não havia documentação suficiente para lastrear as pretensas devoluções, mas apenas a existência dos documentos fiscais desconexos. Não havia escrituração no livro Diário do desfazimento da operação mercantil e sequer registro nos controles de estoque do recorrente desta pretensa movimentação comercial.

É impositivo na sistemática da devolução de vendas que as mercadorias retornadas sejam as **mesmas** saídas do estabelecimento vendedor, quando da operação comercial, mantidas as mesmas características e, principalmente, o valor, podendo variar apenas a quantidade, porquanto a devolução pode ser parcial.

No caso vertente, ainda que não haja notícia clara nos autos que se tratam das mesmas mercadorias, é inconteste a disparidade de valores, como adrede mencionado, o que inviabiliza o acolhimento do argumento de procedência das devoluções.

Aliás, abro um parêntese, para declinar uma consideração atinente à aceitação das razões deduzidas exclusivamente no recurso voluntário, consoante as quais haveria claro equívoco na emissão das notas fiscais, o que se verificaria pela existência de mais de uma nota fiscal de venda de motocicleta para um mesmo chassi, o que evidenciaria a necessidade de correção de tais emissões e que fora efetivado por intermédio destas “notas fiscais de devolução”, correspondentes a remessa para filial, para exposições e eventos, etc.

Este fundamento de defesa não foi argüido em momento algum, desde o início do procedimento fiscal, seja durante a fiscalização, seja no recurso inaugural, o que, segundo o recorrente, decorreu da falta de acesso ao documentário fiscal, alegadamente, sob guarda das autoridades fiscais. Contudo, também esta colocação é nova. Não há informe nos autos que dê conta de o recorrente haver solicitado a documentação para elaboração dos levantamentos cabíveis, nem mesmo que sua ausência tenha impedido sua realização.

Segundo o princípio da eventualidade, também presente no processo administrativo fiscal, toda a matéria de defesa, as razões de fato e de direito que embasam a contrariedade, bem assim, as provas de seu direito devem ser apresentadas na impugnação ou manifestação de inconformidade, sob pena de preclusão, no caso, da espécie consumativa.

Este é o reflexo das disposições dos arts. 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, que reproduzo:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Logo, salvo melhor juízo, não se enquadrando a ocorrência em nenhuma das exceções arroladas no texto transcrito, não deve a matéria ser conhecida em segundo grau recursal.

Entretanto, ainda que possível transpor este óbice, melhor sorte não albergaria o recorrente, eis que a “prova” coligida se limitou a uma relação de notas fiscais declaradas como cópias, porém, desacompanhada de qualquer documento fiscal, livro contábil, ainda que por cópia, ou mesmo outros elementos que pudessem conduzir a uma verossimilhança do protesto.

A simples existência de notas fiscais diferentes para o mesmo produto, no caso das motocicletas, não revela outra coisa senão a balbúrdia documental que reina na contabilidade do recorrente.

Demais disso, é imperioso ratificar que o motivo da autuação, quanto a este tópico, não foi a ausência de recolhimento do tributo em comento sobre as mercadorias

vendidas (motocicletas), mas sim a falta de correspondência entre as notas fiscais de saídas (vendas) e as posteriores notas fiscais de entrada (devolução), que, por via oblíqua, resultou em recolhimento a menor em face do abatimento (das devoluções de vendas) ocasionado.

Destarte, o ajuste feito pela fiscalização se circunscreveu ao estorno da exclusão referente a estas devoluções, a meu sentir, corretamente tidas como não comprovadas, seja porque não escrituradas nos livros competentes, seja porque não demonstrado o efetivo retorno de tais mercadorias aos estoques do recorrente, seja pela falta de correspondência entre os documentos.

Veja-se que os agentes fiscais foram extremamente criteriosos na busca da verdade dos fatos ocorridos, posto que, além de intimarem reiteradamente o contribuinte a explicar as divergências encontradas e na ausência dos esclarecimentos necessários, eles próprios promoveram a reconstituição das operações de saída e retorno, ainda que não tenham alcançado qualquer resultado que aproveitasse, ou melhor, que justificasse os procedimentos do contribuinte.

De todos os exames realizados a fiscalização constatou que, diferentemente do que afirmou o ora recorrente, as saídas objeto das devoluções não foram registradas a título de vendas ou, quando o foram, seus valores não eram correlatos entre si.

De outra banda, também não merece acolhida a alegação que estes retornos de mercadorias estariam vinculadas a anteriores saídas registradas equivocadamente como vendas, ao passo que o recorrente, como dito, não trouxe qualquer elemento de prova convincente a respeito, em paralelo aos exames e observações da fiscalização, devidamente lastreados na documentação contábil da pessoa jurídica, atestando que isto não aconteceu.

À vista destas ocorrências infiro que as “devoluções de vendas” tinham por escopo inflar os abatimentos incidentes sobre as receitas não submetidas à substituição tributária, sem contudo representar uma real operação de desfazimento de negócio jurídico.

No que concerne à omissão de receitas decorrente da manutenção de obrigações a pagar não comprovadas, a configurar passivo fictício, aplica-se o mesmo raciocínio atinente à preclusão consumativa, eis que não abordado o assunto, sequer de maneira tangente, na impugnação, incidindo as disposições do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, também não devendo ser conhecidas as alegações deduzidas no recurso voluntário, até porque meramente retóricas.

Mais uma vez, a fiscalização não reputou a contabilidade do recorrente imprestável para apuração dos tributos devidos, mas tão-somente realçou as inconsistências nela contidas e que foram justamente o objeto da autuação.

O recorrente não logrou legitimar as obrigações mantidas em sua contabilidade, através de documentação hábil, de modo que, materialmente, não merece qualquer reparo o lançamento quanto à existência do passivo fictício.

Quanto à inclusão das receitas financeiras no cálculo da contribuição em função do conceito ampliado de faturamento, ainda que não haja contrariedade específica no recurso voluntário, acentuo a existência de manifestação pretoriana acerca de sua inconstitucionalidade, o que, em matéria tributária, avulta sua natureza de ordem pública, de maneira a atrair o efeito translativo inerente aos recursos em geral.

Se é certo que a jurisprudência deste sodalício é firme no sentido de rejeitar a possibilidade de alteração a respeito da constitucionalidade de normas legais, consoante se

extrai do verbete da súmula CARF nº 2 (“*O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.*”), não se pode olvidar que a Lei nº 11.941/09, alterando a redação de alguns dispositivos do Decreto nº 70.235/72, mitigou o rigor desta regra e excepcionou aquelas situações em que já houvesse decisão plenária de caráter definitivo sobre a matéria em discussão no processo administrativo.

Nesta senda, tratando-se da ampliação da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins promovida pela novel conceituação de faturamento estabelecida pela Lei nº 9.718/98, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do assunto e concluiu pela sua inconstitucionalidade, nestes termos:

BASE DE CÁLCULO DA COFINS E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da 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, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde se vislumbra a definitividade deste posicionamento, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Com espeque nesta assertiva, tenho como tranqüila a aplicação das disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, incluído pela Lei nº 11.941/2009, assim redigido:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”. (destaquei)

Por conseguinte, devem ser excluídos da apuração a parcela referente às receitas financeiras computadas nos períodos de apuração fevereiro e março de 2000, no montante de R\$ 154.411,13 e R\$ 117.339,62, respectivamente, conforme demonstrativo de fl. 30.

Por derradeiro, quanto ao suposto caráter confiscatório da multa de ofício aplicada, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), por força do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e da Súmula CARF nº 2, é matéria que não deve ser conhecida, encontrando-se o consectário previsto em norma válida e vigente – art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer parcialmente dos argumentos de defesa esposados no recurso voluntário e, na parte conhecida, dar parcial provimento apenas para que seja exonerada a parcela concernente às receitas financeiras incluídas nos períodos de apuração fevereiro e março de 2000, conforme demonstrativo acostado à fl. 30.

Robson José Bayerl