



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

Processo nº 10435.001409/2006-91
Recurso nº 259.468 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.620 – 3ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de outubro de 2010
Matéria COFINS/PIS
Recorrente Comercial Paraty Ltda
Recorrida DRJ - Recife/PE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/06/2001 a 01/01/2004

PIS/COFINS. LEI 9718/98 (ALARGAMENTO DE BASE).
INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O recente julgamento de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser ignorado pelo tribunal administrativo, devendo, inclusive, ser reconhecido e aplicado de ofício por qualquer autoridade administrativa a nulidade da norma, sob pena de enriquecimento ilícito.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS - INCOMPETÊNCIA - SÚMULA Nº 2

O Pleno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF - decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário. Súmula nº 2.

**TAXA SELIC - PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE
ANALISAR ASPECTOS CONSTITUCIONAIS**

O art. 13 da Lei nº 9.065/1995 dispõe expressamente que, para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos não pagos no vencimento serão calculados com base na taxa SELIC acumulada mensalmente. Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês apenas se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1º). No caso, a Lei nº 9.065/1995 dispôs de modo diverso. As questões constitucionais não estão no escopo deste tribunal administrativo.

**MULTA 75% - PREVISÃO LEGAL - MATÉRIA SUJEITA À
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

A incidência de multa punitiva no patamar de 75% em matéria tributária, está prevista na Lei nº 9.430/96, devendo, portanto, ser aplicada. As regras atinentes ao Código de Defesa do Consumidor apenas se aplicam às relações de consumo ou, quando menos, subsidiariamente à outras situações ocorridas no âmbito do direito privado.

Recurso Voluntário Provido Parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relatora.


Walber José da Silva - Presidente

Fabíola Cassiano Keramidas – Relatora

EDITADO EM: 14/02/2011

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Alexandre Gomes, Fabíola Cassiano Keramidas (Relatora), Alan Fialho Gandra e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de autos de infração (fls. 06/12 e 17/23) lavrados em 07/11/2006, para fim de constituir débitos de COFINS – Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social – e PIS – contribuição ao Programa de Integração Social, decorrentes de diferenças existentes entre os valores declarados e pagos, referentes aos períodos de 01/06/01 a 01/11/02.

De acordo com a Representação nº 33/2006 (fls. 24/29), a fiscalização informou que a Recorrente impetrou o mandado de segurança nº 2001.83.00.000903-2 (fls. 30/59), por meio do qual pleiteou o mesmo tratamento fiscal para o PIS e Cofins concedido às instituições financeira, alegando, entre outros, o princípio da isonomia. Foi em razão deste processo judicial que a Recorrente foi fiscalizada, culminando com a lavratura dos autos de infração.

Inconformada a Recorrente interpôs impugnação (Fls. 162/178), por meio do qual defendeu a inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo das contribuições, ocorrida com a promulgação da Lei nº 9.718/98; a decadência do período autuado entre junho a dezembro de 2001 e a impossibilidade de incluir, na base de cálculo do tributo, os valores referentes ao ICMS. Em relação a este último tópico, alega a Recorrente que o IPI e o ICMS possuem idêntica natureza jurídica, o que justifica a exclusão da base de cálculo do PIS e COFINS. Alega ainda a inconstitucionalidade da multa no percentual de 75% e da aplicação da Taxa Selic.

Após analisar as razões trazidas pela Recorrente a Segunda Turma da Delegacia de Julgamento de Recife/PE, proferiu o acórdão nº 11-21.919 (fls. 216/225), por meio do qual se manteve a decisão da DRF. Em resumo, os julgadores administrativos de primeira instância deixaram de analisar as alegações de inconstitucionalidade de lei; aplicaram a decadência conforme determina a Lei nº 8.212/91; entenderam que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e Cofins e que não há autorização legal para a exclusão pretendida; mantiveram a multa de ofício e taxa selic por ser força de lei.

Irresignada, a Recorrente opôs Recurso Voluntário (fls. 233/248 – Vol. II) por meio do reiterou as razões trazidas em sua impugnação.

É o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade razão pela qual dele conheço.

Assim como relatado, trata-se de auto de infração que pretende exigir a Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social - COFINS e a contribuição devida ao Programa de Integração Social - PIS - referente aos fatos geradores de junho/2001 a dezembro/2002. Já o auto de infração foi lavrado em 07/11/2006 e cientificado em 08/01/07 (fls.160).

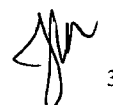
A primeira questão que precisa ser mencionada refere-se ao processo judicial que desencadeou a fiscalização, qual seja, o mandado de segurança nº 2001.83.00.000903-2. Neste particular, importa registrar que, pelos documentos anexos aos autos, o objeto do processo judicial é apenas a isonomia com o tratamento fiscal das instituições financeiras, não há qualquer registro de que a Recorrente tenha discutido, neste processo, a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, o alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, razão pela qual entendo que a matéria em análise neste processo administrativo não é concomitante com a discutida no judicial.

Insta, portanto, adentrar às questões trazidas pelo recurso voluntário. Em sede de preliminar, passo a analisar a ocorrência da decadência.

É de conhecimento geral que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nº 55664, 559882 e 559943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante nº 8, *in verbis*:

“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”

A simples edição da citada súmula já é suficiente para o cancelamento total do presente auto de infração. Não apenas em razão de ser uma orientação vinculante, mas em



virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal que pretendia majorar em mais 5 anos o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir tributos.

Desta forma, não há meios de se manter a exigência dos fatos geradores incorridos entre junho/2001 e dezembro/2001, uma vez que estes fatos geradores ocorreram antes de ocorridos 5 anos da ciência do auto de infração, ocorrida em janeiro/2007.

No que se refere à Lei nº 9.718/98, claro está que a principal matéria de mérito refere-se à constitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins.

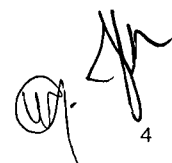
De acordo com o Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, as matérias já definitivamente julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, podem ser conhecidas pelos tribunais administrativos, mesmo que sejam matéria de ordem constitucional.

Neste sentido, é de domínio público que "ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o **Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98**, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal, redação esta anterior a EC nº 20/98" (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/06, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 16/06/06, pág. 17 EMENT VOL-02237-03 PP-00481; Ac. da 1ª Turma do STF nos Emb. Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52 EMENT VOL-02238-03 PP-00428; Ac. da 1ª Turma nos Emb. Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, EMENT VOL-02238-03 PP-00538).

Parafraseando o Conselheiro Fernando Lobo D'Eça, que inicialmente trouxe, a esta Câmara, o entendimento da possibilidade de aplicação pelos tribunais administrativos de decisão do pleno do STF, cito:

"Por seu turno, analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o E. STJ recentemente esclareceu que "a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito" e, "embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no RESP nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/06, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, publ. in DJU de 15/05/06, pág. 186)


4

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (art. 150, inc. I da CF/88; arts. 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às base de cálculos do COFINS e PIS/PASEP adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.” (destaquei)

Desta feita e, em vista do fato de parte do auto de infração ter como fundamento a base de cálculo ampliada trazida pelo conceito de faturamento previsto na Lei nº 9.718/98 e, uma vez que a constitucionalidade da norma vicia por completo a autuação, o auto de infração não pode subsistir neste particular.

Em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins, rendo-me à conclusão do entendimento de primeira instância administrativa. Não é possível a equiparação do ICMS com o IPI para exclusão daquele da base de cálculo das contribuições, pois o ICMS está incluído por força de lei, enquanto o IPI não.

Por outro giro, não é possível, a este tribunal administrativo, analisar a constitucionalidade da inclusão deste valor na base de cálculo do PIS e Cofins. Ocorre que o Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário. Tal decisão resultou na Súmula nº 2, abaixo reproduzida:

“SÚMULA CARF Nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

PRECEDENTES: Súmulas 2 do 1º e 2º CC a acórdãos: 101-94.876, 103-21568, 105-14586, 108-06035, 102-46146, 203-09298, 201-77691, 202-15674, 201-78180, 204-00115.”

Por derradeiro, cumpre analisar a alegação de inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC. O art. 13 da Lei nº 9.065/1995, dispõe expressamente que, para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos não pagos no vencimento, serão calculados, a partir de 01/04/1995, com base na taxa SELIC acumulada mensalmente. Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1º). No caso, a Lei dispôs de modo diverso, estando, também, em consonância com o CTN.



Ademais, esta questão já está sumulada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no entendimento de que a Taxa Selic deve ser aplicada para atualização dos débitos federais, a saber:

“Súmula nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Fica claro, portanto, que não há qualquer ilegalidade no cálculo dos juros de mora efetuado com base na taxa SELIC.

Já no tocante ao aspecto confiscatório da multa de 75%, da afronta ao princípio da capacidade contributiva e todos os demais aspectos constitucionais, consubstanciam-se discussões para serem travadas no poder judiciário, órgão competente para a análise requerida.

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso, posto que preenche os requisitos legais de admissibilidade para o fim de DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reconhecendo a decadência dos fatos geradores ocorridos até dezembro/2001 (inclusive), bem como a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que pretendia o alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, de faturamento para totalidade de receitas.

É como voto.


Fabiola Cassiano Keramidas