

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

Processo nº 10580.009720/2004-42
Recurso nº 245.637 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.363 – 3ª Turma Especial
Sessão de 12 de março de 2010
Matéria PIS/COFINS - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente PREVIEW COMPUTADORES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Fatos geradores: 31/01/2000, 28/02/2000, 30/03/2000, 30/04/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 30/10/2000, 30/11/2000, 31/12/2000, 31/01/2001, 30/04/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/11/2002, 31/01/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

BASE DE CÁLCULO. PERÍODOS DE APURAÇÃO A PARTIR DE FEVEREIRO DE 1999. OUTRAS RECEITAS. LEI Nº 9.718/98, § 1º DO ART. 3º. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. EFEITOS LIMITADOS ÀS PARTES.

Nos termos da Lei nº 9.718/98, § 1º do art. 3º, a base de cálculo do PIS Faturamento é a totalidade das receitas, incluindo as demais receitas além daquelas oriundas da venda de mercadorias e prestação de serviços, sendo que a inconstitucionalidade desse dispositivo, declarada pelo Supremo Tribunal Federal pri sede do controle difuso, não pode ser aplicada pelos Conselhos de Contribuintes até que seja editada sobre o tema resolução do senado federal, súmula do STF, decreto do Presidente da República ou ato Secretário da Receita Federal do Brasil ou, ainda, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, estendendo para todos os efeitos da inconstitucionalidade declarada na via incidental, inicialmente.

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO. PAGAMENTOS EXTEMPORÂNEOS. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. ESPONTANEIDADE.

As retificações e pagamentos procedidos pelo contribuinte após o início da ação fiscal, relativamente às suas obrigações tributárias, não impedem o lançamento de ofício em face de irregularidades constadas, sendo afastado, nessas condições, o benefício da espontaneidade.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO.

Inexiste autorização legislativa para a remissão ou redução das penalidades aplicáveis ao contribuinte, bem como dos respectivos juros de mora, que não pagou o tributo devido no prazo legal e antes de iniciado o procedimento de ofício, sem prejuízo, contudo, de eventual alocação de pagamentos efetuados quando do procedimento de cobrança administrativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Fatos geradores: 31/01/2000, 28/02/2000, 30/03/2000, 30/04/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 30/10/2000, 30/11/2000, 31/12/2000, 31/01/2001, 30/04/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/11/2002, 31/01/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

BASE DE CÁLCULO. PERÍODOS DE APURAÇÃO A PARTIR DE FEVEREIRO DE 1999. OUTRAS RECEITAS. LEI Nº 9.718/98, § 1º DO ART. 3º. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. EFEITOS LIMITADOS ÀS PARTES.

Nos termos da Lei nº 9.718/98, § 1º do art. 3º, a base de cálculo do PIS Faturamento é a totalidade das receitas, incluindo as demais receitas além daquelas oriundas da venda de mercadorias e prestação de serviços, sendo que a inconstitucionalidade desse dispositivo, declarada pelo Supremo Tribunal Federal pri sede do controle difuso, não pode ser aplicada pelos Conselhos de Contribuintes até que seja editada sobre o tema resolução do senado federal, súmula do STF, decreto do Presidente da República ou ato Secretário da Receita Federal do Brasil ou, ainda, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, estendendo para todos os efeitos da inconstitucionalidade declarada na via incidental, inicialmente.

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO. PAGAMENTOS EXTEMPORÂNEOS. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. ESPONTANEIDADE.

As retificações e pagamentos procedidos pelo contribuinte após o início da ação fiscal, relativamente às suas obrigações tributárias, não impedem o lançamento de ofício em face de irregularidades constadas, sendo afastado, nessas condições, o benefício da espontaneidade.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO.

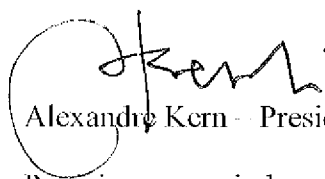
Inexiste autorização legislativa para a remissão ou redução das penalidades aplicáveis ao contribuinte, bem como dos respectivos juros de mora, que não pagou o tributo devido no prazo legal e antes de iniciado o procedimento de ofício, sem prejuízo, contudo, de eventual alocação de pagamentos efetuados quando do procedimento de cobrança administrativa.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Belchior Melo de Sousa, Hércio Lafetá Reis (Relator) e Rangel Perrucci Fiorin. Designado o Conselheiro Alexandre Kern para a redação do voto vencedor.





Alexandre Kern - Presidente e Redator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Henrique Martins de Lima, Belchior Melo de Sousa, Daniel Maurício Fedato, Hécio Lafetá Reis (Relator) e Rangel Perrucci Fiorin.

Relatório

Em 20 de setembro de 2004, a Fiscalização da DRF Salvador/BA lavrou auto de infração em desfavor do contribuinte supra identificado, relativo à insuficiência de recolhimento da Cofins e a diferenças apuradas em procedimento de verificações obrigatórias entre valores escriturados e declarados da mesma contribuição (fls. 5 a 19).

A insuficiência de recolhimento se deu em face da não inclusão na base de cálculo da contribuição dos valores das receitas de variações cambiais de operações liquidadas, nos termos da Lei nº 9.718/1998.

Em 13 de julho de 2007, o processo nº 10580.009721/2004-42, relativo a lançamento de ofício de parcelas da contribuição para o PIS com base nos mesmos fundamentos do auto de infração da Cofins, foi juntado por anexação ao presente (fls. 196 a 406).

Inconformado com tais lançamentos, o contribuinte apresentou Impugnações em 22/10/2004 (fls. 113 a 189; 309 a 386) e requereu a declaração de improcedência dos autos de infração, alegando, em síntese, o seguinte:

a) a ampliação da base de cálculo das contribuições sociais nos termos da Lei nº 9.718/1998 violaria (i) o art. 195 da Constituição Federal, por extrapolar a hipótese de incidência, (ii) o art. 146, III, da mesma Constituição, por ferir o princípio da hierarquia das leis e (iii) o art. 110 do CTN, em face da alteração do conceito de faturamento;

b) à época da edição da Lei nº 9.718/1998, não havia previsão constitucional para a exigência das contribuições sobre a “totalidade das receitas”, o que veio a ocorrer apenas após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, posterior à referida norma legal, não havendo previsão no ordenamento jurídico pátrio de constitucionalidade superveniente, ou seja, “constitucionalização da norma dantes inconstitucional”;

c) os débitos apurados em procedimento de verificações obrigatórias inexisteriam, pois os respectivos valores já haviam sido recolhidos espontaneamente ou se refeririam a parcelas retidas pelas fontes pagadoras;

d) cobrança indevida dos juros de mora em percentual superior ao de 1% ao mês previsto no CTN.



A DRJ Salvador/BA julgou os lançamentos parcialmente procedentes (fls. 407 a 418), cancelando a exigência das contribuições relativas aos meses de agosto de 2001 e dezembro de 2002, por se referirem a valores retidos na fonte não computados na apuração fiscal.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade e de ilegalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições perpetrado pela Lei nº 9.718/1998, o julgador *a quo* considerou que tal discussão exorbitaria a competência legal das instâncias administrativas.

Quanto aos demais débitos apurados em procedimento de verificações obrigatórias, o relator afastou as alegações do então Impugnante, em razão do fato de que os valores pagos e compensados por meio de PER/DComp não seriam oponíveis aos lançamentos de ofício, por terem sido declarados e recolhidos após o início das ações fiscais, quando o benefício da espontaneidade não mais socorreria o contribuinte.

Considerou, contudo, que os valores pagos após a perda da espontaneidade seriam alocados no momento da cobrança administrativa.

Afastou-se a alegação do Impugnante de que teria ocorrido exigência indevida dos juros de mora com base na taxa Selic por se tratar de matéria plenamente apoiada na legislação de regência.

Não resignado, o contribuinte recorre a este Conselho (fls. 424 a 426) e requer a declaração da extinção do crédito tributário, repisando os mesmos argumentos e alegando que (...) *a quebra da espontaneidade de que trata o § 1º, do artigo 7º, do Decreto nº 70.235/72, implica, tão-somente, na perda da oportunidade de recolher o tributo, acrescido dos encargos moratórios* (...) o que não retiraria a eficácia da constituição do crédito tributário por meio de “declaração de compensação” apresentada no curso da ação fiscal (fl. 425).

Faz referência, ainda, o Recorrente, a uma suposta exigência da multa regulamentar decorrente da falta de entrega da DIF Papel Imune, matéria essa estranha aos lançamentos de ofício ora sob análise.

Por fim, requer a redução da multa proporcional pelo fato de ter havido extinção do crédito tributário com a entrega da PER/DComp, ainda que posterior ao início da ação fiscal.

É o relatório.

Voto Vencido



Conselheiro Hécio Lafetá Reis, Relator

O recurso é tempestivo, preenche as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.



Trata-se de lançamentos de ofício das contribuições sociais Cofins e PIS decorrentes de insuficiência de recolhimentos, tendo em vista a não inclusão na base de cálculo dos valores das receitas de variações cambiais de operações liquidadas, nos termos da Lei nº 9.718/1998, e de diferenças apuradas em procedimento de verificações obrigatórias entre valores escriturados e declarados.

A DRJ Salvador/BA excluiu dos lançamentos parcelas de débitos relativos a valores retidos pelas fontes pagadoras e não considerados pela Fiscalização na apuração das diferenças.

Controverte-se, portanto, em relação às demais parcelas dos autos de infração consideradas procedentes pelo julgador *a quo*.

I. Alegação de inconstitucionalidade do alargamento das bases de cálculo das contribuições decorrente da Lei nº 9.718/1998.

A Lei nº 9.718/1998 foi publicada em novembro de 1998 quando vigia a redação original do art. 195, I, "b", da Constituição Federal, em que se previa apenas o faturamento como hipótese de incidência da contribuição social, não constando a possibilidade de alcançar outras receitas auferidas pela pessoa jurídica, o que veio a ocorrer somente em dezembro do mesmo ano por meio da Emenda Constitucional nº 20.

Em razão disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela inconstitucionalidade da exação, conforme se depreende do excerto a seguir reproduzido:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. 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. (STF, Plenário, RE 346.084/PR, DJ 02/09/2006) - Grifei

De acordo com o entendimento do STF, o alargamento posterior da base de cálculo da contribuição de "faturamento" para "receita e faturamento", operada por meio da

Emenda Constitucional nº 20/1998, não teve o condão de convalidar legislação anterior que previa a incidência das contribuições sobre a totalidade das receitas da pessoa jurídica.

Essa mesma interpretação consta dos Recursos Extraordinários nº 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, o que denota estar aquele tribunal caminhando para a consolidação de tal entendimento.

Registre-se que, em 5 de agosto de 2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e confirmou o entendimento da corte sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, prevista no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, reconhecendo que a receita bruta (faturamento) é apenas a "totalidade das receitas auferidas" pelas sociedades empresárias, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 527.602-3/SP

PIS E COFINS – LEI Nº 9.718/98 – ENQUADRAMENTO NO INCISO I DO ART. 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO PRIMITIVA. Enquadrado o tributo no inciso I do art. 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar.

RECEITA BRUTA E FATURAMENTO – A sinonímia dos vocábulos – Ação Declaratória nº 1, Pleno, relator Ministro Moreira Alves – conduz à exclusão de aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida

Esse mesmo entendimento pode ser melhor captado no seguinte julgamento do mesmo Supremo Tribunal Federal (STF):

AI/636557 - AG REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

DECISÃO AGRAVO REGIMENTAL TRIBUTÁRIO COFINS ARTS. 3º, § 1º, E 8º DA LEI Nº 9.718/98. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO IMPOSSIBILIDADE MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA CONSTITUCIONALIDADE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. ANÁLISE, DESDE LOGO, DO AGRAVO DE INSTRUMENTO AGRAVO PROVIDO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO (.)

11 Em 5 de agosto de 2009, no julgamento do Recurso Extraordinário 527.602, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 e da constitucionalidade do art. 8º da mencionada lei, apreciada nos Recursos Extraordinários ns. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 15.8.2006 12 Manteve-se o entendimento de que a noção de faturamento contida no art. 195, inc. I, da Constituição da República (norma anterior à Emenda Constitucional n. 20/98) não autoriza a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelo contribuinte, não sendo possível a convalidação dessa imposição, mesmo com o advento de norma constitucional derivada (Emenda Constitucional n. 20/98). Publique-se. Brasília, 19 de novembro de 2009 Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

Além desses julgados do STF, firmando o entendimento acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, tem-se que a Lei nº 11.941/2009, em seu art. 79, inciso XII, revogou expressamente aquele dispositivo, afastando, a partir de sua vigência, a possibilidade de aplicação do alargamento do conceito da base de cálculo das contribuições sociais de que trata.

Não se pode olvidar que o termo faturamento refere-se ao somatório das receitas decorrentes de vendas de mercadorias ou serviços, conforme se depreende do contido no art. 2º da Lei Complementar nº 70/1970, *in verbis*:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.
(grifei)

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal,*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.*

O conceito legal de faturamento acima reproduzido coincide com a modalidade de receita discriminada no inciso I do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976, ou seja, é receita bruta de vendas e de serviços, sendo esse o mesmo entendimento do STF.

Portanto, considerando que o art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, o conceito de faturamento não permite o alargamento da base de cálculo da contribuição para incluir outras receitas, mormente aquelas de caráter financeiro.

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter considerado o conceito de faturamento equivalente ao de “receita bruta”¹ não pode ser interpretado como dilatação autorizada do alcance de tais institutos, pois o termo “receita bruta” foi considerado como coincidente com o de faturamento, ou seja, a totalidade das receitas provenientes da venda de mercadorias e serviços.

A possibilidade de tributar outras receitas somente passou a vigorar após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, quando se incluiu, dentre as hipóteses de fatos geradores das contribuições sociais, a “receita” genericamente considerada.

O Processo Administrativo Fiscal (PAF) – Decreto nº 70.235/1972 – e o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – preveem dispensa, por parte dos julgadores, de observância de lei já declarada inconstitucional pelo Pleno do STF, a saber:

¹ ADIn nº 1-1/DF

Decreto nº 70.235/1972

(...)

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)

(...)

§ 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)

Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Portaria MF nº 256/2009

(...)

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; (grifei)

Diante do exposto, conclui-se que as parcelas dos lançamentos de ofício relativas à inclusão na base de cálculo das variações cambiais de operações liquidadas, tendo por base o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, encontram-se em desacordo com o entendimento até então já firmado em decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em razão do que deverão ser excluídas, juntamente com os acréscimos legais correspondentes, do crédito tributário lançado.

II. Recolhimentos efetuados após o início da ação fiscal. Perda da espontaneidade.

No que se refere aos pagamentos efetuados pelo contribuinte após o início do procedimento fiscal, insta que se afirme que tal providência se deu quando não mais lhe eram garantidos os benefícios da espontaneidade prevista no art. 138 do CTN, *in verbis*:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.



Parágrafo único Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. (grifei)

O Decreto nº 70.235/1972 assim dispõe sobre a matéria:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

(...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. (grifei)

Subjacente aos dispositivos das normas gerais acima transcritos, tem-se que o legislador tributário (Lei nº 9.430/1996) garantiu ainda aos contribuintes um prazo mais benéfico para quitar com suas obrigações mesmo já tendo tido início o procedimento de fiscalização, conforme se depreende do artigo a seguir reproduzido:

Art. 47. A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os tributos e contribuições já declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo.

Contudo, o presente caso não se subsume na previsão do art. 47 supra, pois os pagamentos efetuados pelo Recorrente após a ciência do início da ação fiscal referiam-se a valores não declarados, não podendo, portanto, se valer do benefício da espontaneidade.

Portanto, relativamente às parcelas dos lançamentos de ofício não declaradas e não pagas antes do início da ação fiscal, conclui-se pela correta atuação da Fiscalização, exigindo-se o tributo apurado em procedimento de fiscalização, bem como os acréscimos legais cabíveis (juros de mora e multa de ofício), o que não impossibilita sua eventual alocação quando do procedimento de cobrança administrativa.

III. Acréscimos legais. Juros de mora e multa de ofício.

Quanto aos acréscimos legais exigidos nos autos de infração, o CTN assim dispõe:

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 um por cento ao mês.

Constata-se que a fixação dos juros em 1% ao mês nos termos acima transcritos somente se aplica se a lei não dispuser de modo diverso.

A Lei nº 9.065/1995 fixa os juros a serem aplicados no caso de pagamento extemporâneo de qualquer tributo da competência da União nos seguintes termos:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente (grifei)

O art. 84, inciso I, da Lei nº 8.981/1995, acima referenciado, trata dos juros a serem acrescidos aos tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995.

Também a Lei nº 9.430/1996 prevê a exigência de juros de mora da seguinte forma:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Referida matéria, inclusive, já se encontra sumulada neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4

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

Sobre as multas de ofício, o artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)



*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição **nos casos de falta de pagamento ou recolhimento**, de falta de declaração e nos de declaração inexata. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Portanto, constata-se inexistir autorização legislativa para a remissão ou redução das penalidades aplicáveis ao contribuinte, bem como dos respectivos juros de mora, que não pagou o tributo devido no prazo legal e antes de iniciado o procedimento de ofício.

Mais uma vez, registre-se que tal constatação não impossibilita eventual alocação de pagamentos efetuados pelo contribuinte quando do procedimento de cobrança administrativa.

IV. Conclusão.

Diante do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, devendo ser excluídas do crédito tributário lançado de ofício as parcelas relativas à inclusão na base de cálculo das variações cambiais de operações liquidadas, tendo por base o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, por se encontrarem em desacordo com o entendimento até então já firmado em decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.


Hélcio Lafetá Reis

Voto Vencedor

Conselheiro Alexandre Kern, Redator Designado

Ouso dissentir do ínelito Conselheiro-Relator, Dr. Hélcio Lafetá Reis, no que pertine à incidência das contribuições sociais sobre as demais receitas, nos termos da Lei nº 9.718, 27 de novembro de 1998, matéria sobre a qual esta Terceira Turma Especial tem-se tormentedosamente debruçado.



Percebendo estar cada vez mais isolado nessa posição, considero muito oportuna a possibilidade de manifestar meu entendimento no sentido de que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, muito embora reiteradamente declarada pelo STF, em sede recurso extraordinário, ainda não pode ser aplicada em sede de julgamento administrativo.

Como a inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei foi declarada na via incidental - Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273, 390.840 e 346.084, especialmente -, com efeitos meramente *inter partes*, até que sobrevenha ato do Secretário da Receita Federal do Brasil ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, cancelando os lançamentos de ofício da espécie, conforme autorizado pelo *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997², descabe a este órgão julgador administrativo considerar tal inconstitucionalidade.

A competência para conhecer e julgar matéria de cunho constitucional é privativa do Poder Judiciário, nos termos dos arts 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. No âmbito do Poder Executivo, o controle de constitucionalidade é exercido em alguns poucos casos (arts. 66, § 1º; 103, I e § 4º, e; 102, § 1º e § 3º, todos da CRFB/88)

No mais, o Poder Executivo só deve se pronunciar acerca de inconstitucionalidade depois do julgamento da matéria pelo Judiciário. Assim é que o Decreto nº 2.346, de 1997, com supedâneo nos arts. 131 da Lei nº 8.213, de 1991 (cuja redação foi alterada pela MP nº 1.523-12, de 1997, convertida na Lei nº 9.528, de 1997) e 77 da Lei nº 9.430, de 1996, estabelece que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, devem ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos.

Consoante o referido Decreto, 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 pelo Judiciário em caso concreto. Também o Secretário da Receita Federal do Brasil e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, ficam 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 não mais sejam constituídos ou cobrados os valores respectivos. Após tal determinação, caso o crédito tributário cuja constituição ou cobrança não mais é cabível esteja sendo impugnado ou com recurso ainda não definitivamente julgado, 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 (parágrafo único do art. 40 referido Decreto, cuja interpretação não pode ser dissociada nem do *caput* desse artigo, nem do art. 1º, incluindo respectivos parágrafos, do Decreto em comento). O Decreto nº 2.346, de 1997, ainda determina que, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

² Alternativamente, evitando maiores prejuízos para os cofres públicos com gastos pela sucumbência em processos judiciais e demora para os contribuintes, o STF poderia, quem sabe, editar súmula vinculante, nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006

Na forma do citado Decreto, aos órgãos do Executivo competem tão-somente observar os pronunciamentos do Judiciário acerca de inconstitucionalidades, quando definitivos e inequívocos, não lhes competindo apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este conselho administrativo, como órgão julgante do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie, de forma definitiva e em decisão com efeitos *erga omnes*. Não era outro o sentido da proibição que constava do art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 – RI-CC, publicado em 28/06/2007. Também no Regimento anterior encontrava-se disposição no mesmo sentido (art. 22-A da Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002).

Apesar de o novo Regimento Interno do CARF (Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – RI/CARF), no seu art. 62, parágrafo único, inc. I, repetir a inovação introduzida pelo art. 49 do RI-CC, em redação que não mais se refere, expressamente, à ação direta de inconstitucionalidade – ao contrário do Regimento veiculado pela P-MM nº 55, de 1998,, cujo art. 22-A, parágrafo único, inc. I, que se referia expressamente à ação direta –, não vejo relevância na alteração. É que o Regimento Interno, seja o antigo ou o atual, há de ser interpretado em conjunto com o Decreto nº 2.346, de 1997. Neste, por sua vez, inexistente qualquer autorização para aplicação de inconstitucionalidade declarada na via incidental (cujos efeitos são *inter partes*, cabe ressaltar), antes de Resolução do Senado Federal ou de pronunciamento do Presidente da República, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

A norma a ser extraída do texto do inc. I do parágrafo único do art. 62 do RI/CARF é rigorosamente idêntica à norma retirada do inc. 1 do parágrafo único do art. 22-A do Regimento anterior, na redação dada pela Portaria MF nº 103, de 2002. A expressão "ação direta" não precisava constar da redação anterior, tanto quanto sua omissão na redação atual é irrelevante. É assim porque, tanto antes como agora, não há outorga de competência a este órgão julgador administrativo para aplicar inconstitucionalidade declarada na via incidental, exceto após um dos pronunciamentos acima mencionados.

Finalmente, aos que dão relevância à nova redação do Regimento, a ponto de nela verem autorização para aplicar, de forma ampla, inconstitucionalidade incidental, sublinho que portaria ministerial nunca poderia ir a tanto. Se pretenderem declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, hão de buscar tal poder noutro ato legal, nunca num infralegal regimento interno de um órgão do Poder Executivo.

Assim, a base de cálculo das contribuições, nos períodos de apuração a partir de janeiro de 2000 (este é exatamente o mais antigo, no caso do presente processo) engloba as demais receitas, além da oriunda de venda de mercadorias e da prestação de serviços.



Alexandre Kern