

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

Processo nº 10675.002238/2005-11
Recurso nº 169.774 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.119 – 1ª Turma Especial
Sessão de 03 de novembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente PELEGRINI COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA
Recorrida SEGUNDA TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ EM JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

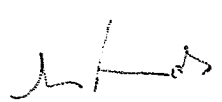
COFINS. TRIBUTAÇÃO DE RECEITAS FINANCEIRAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

Não restando declarado, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal ser inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que versa sobre o alargamento da base de cálculo para a exigência de PIS e Cofins, não compete à autoridade administrativa de julgamento estender os efeitos da coisa julgada que alcança somente as partes envolvidas, transmutando-os em *erga omnes*.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Declarou-se impedido o conselheiro Marcelo Cuba Netto, por haver participado do julgamento em primeira instância. Ausente, justificadamente, a Conselheira Cheryl Berno.


ANA DE BARROS FERNANDES - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 28 MAI 2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Marcos Antônio Pires, Rogério Garcia Peres, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A fiscalização procedeu à auditoria dos livros contábeis e fiscais da empresa em epígrafe objetivando cotejar os valores escriturados com aqueles declarados no que respeita aos tributos federais, relativamente aos últimos cinco anos (contados da emissão do Mandado de Procedimento de Fiscalização – MPF, fl. 01).

No trabalho fiscal, constatou-se que houve divergências entre os valores escriturados nos livros “Razão” e “Diário”, a título de receitas operacionais e não operacionais, com aqueles declarados pela contribuinte, relativos aos quatro trimestres de 2001, 2002, 2003 e primeiro e segundo trimestres de 2004, ensejando a presente autuação.

Tudo conforme cópias das DCTF às fls. 180 a 191 e planilhas demonstrativas das receitas escrituradas e cálculo da Cofins juntadas às fls. 538 a 566, parte integrante do Auto de Infração juntado às fls. 604 a 617.

Ressaltaram os autores do lançamento tributário que as vendas de mercadorias sujeitas à tributação monofásica da COFINS, a partir do mês de novembro de 2002, foram excluídas da base de cálculo da Cofins, de acordo com os valores apresentados pela própria contribuinte (fls. 549, 550 e 554).

Impugnado o lançamento tributário, a empresa argumentou que as diferenças, basicamente, decorreram das receitas financeiras não computadas na apuração dos tributos, bem como das receitas não operacionais (venda de bens do ativo). Alega em defesa que reconheceu e escriturou as referidas receitas, mas entende que não podem integrar a base de cálculo do IRPJ e Cofins, tendo feito os cálculos com base no faturamento da empresa.

Discorre, ainda, acerca da multa de ofício aplicada no percentual de 75%, sobre os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva. Propugna, ao final, pela exclusão das receitas financeiras da base de cálculo dos tributos e a exoneração da multa de ofício, ou redução para 50%, no caso de quitação da exigência fiscal. Anexa à impugnação cópia de ementa extraída do Acórdão nº RExt nº 346084 proferido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Às fls. 646 a 648, a segunda Turma de Julgamento da DRJ em Juiz de Fora/MG, exarou o Acórdão nº 09-18.383/08 mantendo o lançamento tributário, fundamentando o voto no fato de que as receitas financeiras devem compor a base de cálculo dos tributos federais e que as alegações de inconstitucionalidade a respeito do parágrafo 1º, artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, e da penalidade cominada não podem ser apreciadas no âmbito administrativo.

Tempestivamente, às fls. 653 a 666, a empresa apresentou Recurso Voluntário contra o acórdão proferido, reprisando os termos da defesa inicial, reafirmando que não concorda com a inclusão das receitas financeiras e ganhos de capital na base de cálculo da Cofins, e que a Lei Complementar nº 70/91 estabeleceu como base de cálculo para a Cofins a receita bruta, vindo posteriormente o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 a alargar a base de cálculo, norma esta já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.



Ressalta, ainda, que o mesmo dispositivo legal excluiu do conceito de receita bruta a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente (inciso IV, § 2º, do artigo 3º, Lei nº 9.718/98).

Segue discorrendo sobre a flagrante contrariedade do texto legal em face ao artigo 110 do Código Tributário Nacional – CTN e da própria Carta Magna

Cita os Recursos Extraordinários nºs 346.084, 357.950, 390.840 e 358.273 nos quais o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão.

Invoca também o parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97 que impõe observância pela esfera administrativa naquilo que a Corte Suprema declare inequívoca e definitivamente inconstitucional.

É o relatório. Passo a analisar as razões recursais.

Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES

Conheço do recurso voluntário, por tempestivo.

O cerne do litígio são o alargamento da base de cálculo das contribuições Pis e Cofins pelo advento do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 e a inclusão na base de cálculo, pelas autoridades lançadoras, das receitas provenientes de ganho de capital.

Início o voto analisando se as receitas provenientes da venda de imóveis estão incluídas no lançamento tributário da Cofins, consoante alegado pela recorrente.

Verifico que não.

Às fls. 538 a autoridade lançadora discriminou todas as receitas operacionais e não operacionais da contribuinte, para o ano-calendário de 2001. Observo que este mesmo demonstrativo instrui os processos formalizados em separado, mas objeto da mesma ação fiscal, que cuidam das exigências de IRPJ, CSLL, Pis e este da Cofins.

Apesar de ter salientado, para o mês de abril de 2001, o valor da referida receita não operacional, contabilizada no Livro Razão, analítico, às fls. 223, constato que a autoridade lançadora informou como base de cálculo apurada *ex officio* o valor de R\$ 169.611,06, soma de R\$ 169.040,53 – vendas à vista + vendas a prazo + vendas com cartão – com R\$ 570,53 – juros recebidos, consoante demonstrativo de fls. 557.

A diferença, no que se relaciona a esse mês, com os valores informados pela contribuinte como base de cálculo correta, no caso, é da ordem de R\$ 17.829,33. Este valor está muito além somente da parcela de juros recebidos assinalada pelos auditores fiscais. Na realidade, constatou-se esta diferença confrontando os valores das vendas, R\$ 169.040,53, mais os juros, R\$ 570,53, com os valores registrados pela contribuinte no Livro de Apuração de ICMS, da ordem de R\$ 151.781,73.



Por conseguinte, observo que as diferenças encontradas pela fiscalização não se restringem às parcelas de juros recebidos/receitas não operacionais, conforme esclarece a recorrente. Há diferença, também, em relação aos valores das vendas de mercadorias contabilizadas.

Pelo exposto, supero esta questão, não acolhendo as razões da recorrente no que tange à exclusão do valor das receitas não operacionais (venda de bem do ativo ocorrida somente em abril de 2001), visto não haverem sido incluídas na base de cálculo apurada *ex officio*.

O segundo tópico a ser analisado neste julgado, é mais delicado de ser analisado.

A inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 foi, de fato, declarada em Recursos Extraordinários, por maioria de votos, como é cediço.

E não houve até o presente momento nenhum ato administrativo ou edição de súmula vinculante a respeito do tema, o que constrange a autoridade administrativa de julgamento a não estender aquele entendimento da Suprema Corte a todos os casos ainda pendentes de julgamento, dado ser cediço também que foram enunciados restritos às partes envolvidas, sem o desejado efeito *erga omnes*.

A atividade administrativa do lançamento é vinculada às normas tributárias e obrigatória, consoante dispõe o artigo 142 do Código Tributário Nacional, pautando-se pelo princípio da legalidade, que deve ser observado estritamente.

Da mesma forma, não cabe à autoridade julgadora administrativa arguição sobre a inconstitucionalidade, ou ilegalidade, das normas tributárias vigentes, sendo essa matéria de competência exclusiva da Suprema Corte Judicial.

Neste sentido editou-se a súmula a seguir transcrita, recepcionada pelo atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf:

Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

E preceituou a Medida Provisória nº 449/08, transformada na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009:

Art. 23. O Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“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.”

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).

§ 5º (Revogado).

§ 6º *O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*

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

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

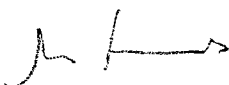
a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

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

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.” (NR)

Não se enquadrando o caso em concreto em nenhuma das hipóteses descritas no § 6º acima transcrito, entendo que deve ser mantido o lançamento tributário no que respeita, inclusive, às parcelas de juros recebidos. Mais uma vez, ressalto que as diferenças lançadas *ex officio* não se reduzem somente às parcelas de juros.

Pelo exposto, estando o lançamento tributário em estrita consonância com as normas tributárias vigentes, deve ser mantido o acórdão proferido pela primeira instância de julgamento em sua integralidade.



ANA DE BARROS FERNANDES - Relatora