



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

Processo n° 10768.009271/2001-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-000.526 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2012
Matéria COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.
Recorrente PECÚLIO UNIÃO PREVIDÊNCIA PRIVADA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Processuais

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/03/2001

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

No direito brasileiro, é cabível a relativização da coisa julgada inconstitucional, exercida, entretanto, na forma própria e no momento processual oportuno, previstos no Código de Processo Civil.

Recurso Voluntário negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri e Charles Mayer de Castro Souza.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida (fls. 398/401), o qual passo a transcrever:

“Trata-se de lide administrativa instaurada com a impugnação de PECÚLIO UNIÃO PREVIDÊNCIA PRIVADA (fls. 180-189) à notificação de lançamento lavrada pela Divisão de Arrecadação da DEINF/RIO (fls. 162-169).

A notificação de lançamento constitui crédito de COFINS no valor de R\$ 66.205,26, acrescido de juros de mora calculados até 29/06/2001 no valor de R\$ 13.722,26 e de multa proporcional, passível de redução, no valor de R\$ 49.653,84, totalizando um valor de R\$ 129.581,36(11. 162).

A notificação de lançamento em pauta tem origem no processo administrativo nº 10768.019485/99-73, protocolizado para acompanhar o mandado de segurança nº 99.0016626-4, instaurado na 29ª Vara Federal do Rio de Janeiro, no qual o contribuinte busca eximir-se de pagar a COFINS, tal como prevista na Lei nº 9.718/98 (fls. 59-61).

Em 03 de agosto de 1999, foi concedida liminar para que a impetrante tenha assegurado o direito de não recolher a COFINS sobre suas receitas, na forma prevista pela Lei nº 9.718/98, mantendo-se a isenção assegurada pela Lei Complementar nº 70/91, devendo a autoridade coatora abster-se da prática de qualquer imposição sancionatória em decorrência do não recolhimento da exação (fls. 62-63).

Petição inicial anexada (fls. 65-78).

Informação judicial fornecida pela DISIT/DEINF/RJ anexada (fls. 95- 114).

Em 27 de outubro de 1999, foi prolatada sentença, concedendo a segurança pleiteada, confirmando a liminar que havia sido deferida (fls. 117-124).

A União Federal apelou ao Tribunal Regional da 2ª Região, que, em acórdão prolatado em 23 de outubro de 2000, proveu o recurso, reformando a sentença (fls. 139-153).

Aos 27 de julho de 2001, a Divisão de Arrecadação da DEINF/RIO lavrou termo de auditoria interna sobre a COFINS, no qual consta que o contribuinte não vinha apresentando as correspondentes DCTFs nem recolhendo as contribuições devidas, o que resultou no lançamento de ofício a partir de fevereiro de 1999 (fl. 158).

O contribuinte foi intimado a apresentar demonstrativo detalhando as bases de cálculo da COFINS, na forma do anexo II da IN/SRF nº 047/99. O crédito tributário foi lançado sem suspensão da exigibilidade, mediante a aplicação de alíquota de 3% sobre a base de cálculo informada pelo contribuinte, acrescido de multa de ofício de 75%, em relação ao período de apuração de fevereiro de 1999 a março de 2001 (fl. 161).

Em 15 de agosto de 2001, o sujeito passivo apresentou impugnação à notificação de lançamento, na qual alega, em síntese (fls. 180 a 189):

1) conforme a legislação aplicável, a base de cálculo da Cofins deveria ser igual à do PIS, no entanto a Fiscalização indicou como base de cálculo do PIS, constante do processo 10.768.009340/2001-77 valores diferentes dos adotados para a base de cálculo da presente exigência da Cofins;

2) essa divergência, por si só, traduz verdadeiro cerceamento do direito de defesa, vez que os dados adotados como base de cálculo não estão conformes os dados do demonstrativo da base de cálculo do PIS (embora não se afirme serem eles corretos), e a Fiscalização não disse o que acrescentou ou excluiu, ficando o contribuinte sem condições de defesa;

3) esse fato, por si só, acarreta a nulidade do procedimento, como expressamente estabelece o Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 70.235, de 06.03.72, no art. 59, inciso II, parte final;

4) torna-se imprestável a base de cálculo adotada para o lançamento sem o exame da contabilidade da empresa, isto é, sem uma fiscalização no local, considerando que a lei determina que se exclua da base de cálculo a receita decorrente da venda de bens do ativo, arrolados entre os valores constantes do item OUTRAS RECEITAS NÃO OPERACIONAIS, o que não foi feito;

5) do mesmo modo, entre as exclusões que o Demonstrativo arrola estão os Rendimentos Financeiros dos Bens Garantidores de Provisões Técnicas, que obrigatoriamente todas as empresas do ramo da impugnante não pode deixar de ter e que deveriam ser arroladas no Anexo IV;

6) como se verifica dos demonstrativos parece que a Fiscalização confundiu "rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates" com simples RECEITAS FINANCEIRAS, dado terem sido estas as excluídas e não aquelas, como a lei determina;

7) por todas essas razões, impõe-se que se converta o julgamento em diligência, a fim de que a Fiscalização apure a matéria tributável e que nos termos legais constitua as verdadeiras bases de cálculo, isto, caso não se determine de imediato a anulação do procedimento em face de não se demonstrar ele consentâneo com as disposições legais que regem o Processo Administrativo Fiscal, nem guardar ele conformidade com a base de cálculo, como previsto no Código Tributário Nacional combinado com os dispositivos que disciplinam a exigência da contribuição que ora se contesta;

8) Por fim, requer sejam acatadas suas razões de defesa para cancelar inteiramente a exigência em questão.

Em 26 de abril de 2006, a 4ª Turma da DRJ II, converteu o julgamento em diligência, para que fossem trazidos aos autos (fls. 196/197):

1) planilha em que constem discriminadas mensalmente as receitas que integram as bases de cálculo da Cofins, as exclusões/deduções permitidas pela legislação e a base de cálculo tributável, em relação ao período considerado para o lançamento, de acordo com a IN SRF nº 047, de 28 de abril de 1999 - Anexo II;

2) cópia dos registros contábeis e fiscais do contribuinte que demonstrem os valores informados na planilha do item anterior.

No Termo de Encerramento de Diligência Fiscal elaborado pela auditora fiscal, às fls. 306/307, consta que:

1) o contribuinte já apresentou as planilhas solicitadas pelo menos em duas ocasiões, conforme documento à fl.22. As planilhas, portanto, já se encontram no processo às fls. 33/58;

2) em sua impugnação (fls. 180/189), o contribuinte insinua que as referidas planilhas não foram por ele preenchidas (fl. 187) "... que se alega terem sido preenchidos pelo contribuinte...", bem com que não houve orientação por parte da fiscalização para o preenchimento (fl. 186). Tendo em vista estes fatos, a empresa foi intimada (fl. 208) na pessoa de seu presidente para reconhecer as assinaturas firmadas em todos os demonstrativos da base de cálculo do PIS/Cofins, o que efetivamente ocorreu conforme termo lavrado à fl. 210;

3) assim, não restando dúvida de que os valores informados no processo (fls. 33/58), utilizados como base de cálculo para a autuação, foram fornecidos dentro

dos ditames da IN SRF nº 047, de 28 de abril de 1999 - Anexo 1, o contribuinte foi intimado novamente (fl. 211), para apresentar a escrituração dos valores constantes das referidas planilhas;

4) conforme solicitado, o contribuinte apresentou novamente as planilhas devidamente preenchidas conforme IN SRF nº 047, de 28 de abril de 1999 - Anexo 1, com os mesmos valores já apresentados, que serviram de base de cálculo para a autuação de Cofins, anexando também os balancetes de cada período (fls. 214/305);

5) por amostragem, verificou-se que as inconsistências entre os balancetes e os valores informados nas planilhas, não foram relevantes, bem como não trouxeram prejuízo ao Fisco, concluindo-se, portanto, que os valores apresentados como base de cálculo para a Cofins estão corretos.

Em 22/06/2007, o contribuinte foi cientificado do termo de encerramento de diligência fiscal (fl. 307).

Em 11 de outubro de 2007, a 4ª Turma da DRJ/RJII proferiu acórdão assim ementado (fl. 336):

"CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AFASTAMENTO.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte quando a apuração do tributo pela fiscalização teve amparo em demonstrativos produzidos por ele.

VALORES LANÇADOS A MAIOR. EXONERAÇÃO

Devem ser retificadas as planilhas elaboradas pelo contribuinte para apuração da base de cálculo de tributo, quando verificadas divergências com os documentos contábeis, e exonerados os valores lançados a maior pela fiscalização com base naquelas "

Em 26 de fevereiro de 2008, o contribuinte impugnou a decisão citada, alegando cerceamento do direito de defesa e a isenção do tributo em pauta. Frisa que, embora tenha sido notificada do resultado da diligência, não foi a ora recorrente expressamente notificada da reabertura do prazo para impugnação. Quanto à isenção, repetiu os argumentos apresentados em sua primeira impugnação dirigida à DRJ/RJII, para, por fim, requerer a reforma ou a anulação do acórdão da 4ª Turma da DRJ/RJII (fls. 356-363).

Em 5 de junho de 2009, a 2ª Câmara do CARF anulou da decisão da 4ª Turma da DRJ/RJII, em acórdão assim ementado (fls. 380-382):

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DILIGÊNCIA ORDENADA PELA PRIMEIRA INSTÂNCIA. JULGAMENTO SEM ABERTURA DE PRAZO PARA PRONUNCIAMENTO DO CONTRIBUINTE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA CARACTERIZADO. NULIDADE DA DECISÃO.

Por restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa, é nula a decisão de primeira instância prolatada sem que, após realização de diligência, não ofereça ao contribuinte oportunidade para manifestação sobre o feito.

Recurso provido para anular a decisão de primeira instância."

Em 06 de outubro de 2009, foi encaminhado ao contribuinte intimação com os seguintes dizeres (fls. 385-386):

"Sr. contribuinte.

Favor desconsiderar a correspondência recebida por Vossa Senhoria, em 06/10/2009, intitulada Comunicação 654-2009, encaminhada por esta DEINF/RJ/DICAT.

Em atenção ao teor do acórdão 2201-00.339, exarado pelo CARF, estamos encaminhando cópia dos seguintes documentos:

- acórdão 2201-00.339, exarado pelo CARF;

- termo de resultado da diligência fiscal (resultado da conversão do julgamento em diligência pela DRJ/RJII/4. TURMA nº 112/2006).

Assim, fica Vossa Senhoria cientificado do teor dos documentos discriminados acima, especialmente do termo de resultado da diligência fiscal, sendo-lhe reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação para, se for de seu interesse, complementar suas razões iniciais.

Após a expiração do prazo, retornarão os autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja prolatada nova decisão, em cumprimento à determinação constante no acórdão 2201-00.339, exarado pelo CARF."

Foram anexados, em seguida, o acórdão 2201-00.339, exarado pelo CARF e o termo de resultado da diligência fiscal (resultado da conversão do julgamento em diligência pela DRJ/RJII/4ª TURMA nº 112/2006), cujas cópias foram enviadas ao contribuinte (fls. 387-391).

Termo de juntada de aviso de recebimento da notificação a que se acabou de referir juntado à fl. 392."

Esgotado o novo prazo para pronunciamento acerca do resultado da diligência efetuada, sem que tivesse havido manifestação por parte da contribuinte, foram os autos encaminhados para julgamento pela DRJ –Rio de Janeiro II/RJ, que proferiu nova decisão (fls. 398/401), nos termos da ementa adiante transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/03/2001

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AFASTAMENTO.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte quando lhe é concedido prazo para manifestar-se sobre resultado de diligência e o sujeito passivo o deixa, apesar de regularmente cientificado, transcorrer in albis.

Da mesma forma, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte quando a apuração do tributo pela fiscalização teve amparo em demonstrativos produzidos por ele.

VALORES LANÇADOS A MAIOR. EXONERAÇÃO.

Devem ser desconsiderados valores constantes das planilhas elaboradas pelo contribuinte para apuração da base de cálculo de tributo, quando verificadas divergências com os documentos contábeis, e exonerados os valores lançados a maior pela fiscalização com base naquelas.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário perante este Colegiado (fls. 406/413), alegando, em síntese:

- que o TRF-2ª Região decidiu que a contribuinte deveria recolher a COFINS sobre suas receitas com base na Lei nº. 9.718/98, sendo que tal decisão transitou em julgado;
- que em 2005, todavia, o Supremo Tribunal Federal – STF declarou a inconstitucionalidade da base de cálculo veiculada na referida Lei (incidência sobre a receita bruta), passando a considerar como correta a incidência sobre o faturamento;
- que, mesmo assim, com base no trânsito em julgado do acórdão do TRF/2ª Região, a Fazenda Nacional permanece exigindo o recolhimento da COFINS sobre as receitas da Recorrente;
- que, recentemente, foi publicado parecer da PGFN/CRJ nº. 492/2011, o qual determina que a superveniência de precedentes definitivos e objetivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias;
- que, ainda segundo o referido parecer, a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado opera-se automaticamente, podendo o contribuinte deixar de recolher o tributo em relação aos fatos geradores praticados dali para frente;
- que o lançamento atacado alberga competências posteriores ao trânsito em julgado desfavorável à Recorrente, enquadrando-se perfeitamente ao Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011; e
- que, na decisão recorrida, extrai-se claramente que foram tributados valores que não integram o faturamento da Recorrente, como, por exemplo, a referência a incidência sobre venda de bens do ativo, constante da fl. 401, verso.

Ao final, requer a reforma da decisão prolatada, para que seja desconstituído em parte o crédito tributário lançado, pela exclusão das receitas que não conformam o faturamento da Recorrente, aplicando-se ao caso o parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional n. 492/2011, que determina a inexigibilidade de créditos tributários constituídos a partir de legislação inconstitucional, com entende ser o caso deste processo.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Cuidam os autos de Notificação de Lançamento (fls. 162/170) lavrado contra a contribuinte anteriormente identificada, em razão da falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, no valor total de R\$129.581,36, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses 02/1999 a 03/2001, incluídos principal, multa de ofício de 75% e juros de mora.

Conforme consta do Termo de Auditoria Interna (fls. 158/161), foi utilizado, como base de cálculo para apuração da COFINS, o valor da receita bruta mensal, nos termos do §1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, que assim dispõe:

Art. 3. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O TRF/2ª Região decidiu que a contribuinte deveria recolher a COFINS sobre suas receitas com base no §1º do art 3º da referida Lei nº. 9.718/98, sendo que tal decisão transitou em julgado.

Em sede de recurso, porém, alega a contribuinte que, após o STF ter declarado inconstitucional o §1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/1998, reconhecendo a inconstitucionalidade do denominado alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, a base de cálculo da Cofins corresponderia ao faturamento, este assim entendido como o produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica. Para amparar sua pretensão, cita o Parecer PGFN nº. 492/2011.

O que pretende a contribuinte, no caso, é a relativização da coisa julgada, em face da inconstitucionalidade declarada pelo STF. Tal posição encontra julgados no STJ que se manifestam favoravelmente a tal corrente doutrinária, ao entendimento de que a coisa julgada não poderia se sobrepor à supremacia da Constituição.

Ao meu sentir, tal entendimento não procede, vez que é a própria Constituição quem assegura a inviolabilidade da coisa julgada, ao estabelecer, em seu art. 5º, inciso XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e nem a coisa julgada.

Demais disso, a relativização buscada pela doutrina encontra-se presente no sistema jurídico brasileiro, existindo, entretanto, momentos e instrumentos processuais oportunos para tanto, conforme se pode ver do inciso V do art. 485 do CPC, o qual prevê a

interposição de ação rescisória nos casos em que a sentença de mérito transitada em julgado viole disposição de lei.

Entendo que relativizar a coisa julgada inconstitucional, conforme se está a pretender, é retirar a sua força e instalar o caos, em face da insegurança jurídica que se instalaria com a perpetuação dos conflitos, vez que a qualquer tempo seria possível ter-se declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal aplicado pela sentença transitada em julgado. A segurança jurídica estabelecida pela coisa julgada é absolutamente necessária ao Estado Democrático de Direito, que deve obedecer ao devido processo legal. Veja-se que não se está a pregar a coisa julgada absoluta pura e simplesmente, mas apenas a pretender adequar a relativização da coisa julgada ao instrumento processual próprio e ao momento processual oportuno, obedecendo, com isso, ao princípio do devido processo legal.

Tal entendimento é expressamente manifesto por Nelson Nery Júnior, que assim afirma:

*Tem sido corrente a afirmação de que se deve **relativizar (rectius:desconsiderar) a coisa julgada inconstitucional**. Não haveria prazo previamente estabelecido nem outros critérios, de sorte que a qualquer momento se poderia deixar de aplicar decisão de mérito transitada em julgado que fosse apontada de inconstitucional. Fala-se, também em “controle de constitucionalidade” das decisões judiciais, porque o Poder Judiciário não é imune ao referido controle de constitucionalidade. **Não existe fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento dessa tese temerária. São três os momentos em que pode impugnar atos jurisdicionais proferidos contras a CF: a) a sentença pode ser impugnada por apelação (CPC 513); b) o acórdão pode ser impugnado por recurso extraordinário (CF 102 III a); c) a sentença ou acórdão de mérito, transitados em julgado, que tiverem sido proferidos contra a CF, são impugnáveis por ação rescisória, com fundamento no CPC 485 V. Essas são as três formas de controle “jurisdicional” da constitucionalidade dos pronunciamentos judiciais, pelo próprio Poder Judiciário. Não é verdade a afirmação de que não existe controle de constitucionalidade de atos judiciais. Existe, mas deve ser exercido dentro do devido processo legal. Criar-se impugnabilidade perpétua de sentença ou acórdão apontados de inconstitucionais, como se isto fosse uma espécie de querela nullitatis insanabilis, figura vetusta e banida dos ordenamentos jurídicos dos povos cultos, é arbitrário e ofensivo ao estado democrático de direito (CF 1º caput) e à garantia do devido processo legal (CF caput e LIV).**¹*

(grifos não constantes do original)

Levada a efeito a relativização pretendida, ter-se-ia, de outro lado, a insegurança absoluta do contribuinte, nos casos em que, ao ver transitada em julgado sentença que lhe reconhece a inaplicabilidade de lei por inconstitucional, o Supremo, tempos depois, manifeste-se pela constitucionalidade do mesmo dispositivo.

Em casos tais, veja-se o entendimento esposado pela Câmara Superior de Recurso Fiscais deste CARF:

¹In Código de Processo Civil Comentado, art. 485, nota 19 - Ed. Revista dos Tribunais, 9ª edição.

Número do Processo: 13609.000300/2009-39

Acórdão: 11021-00.666

LIMITES DA COISA JULGADA.

Contribuintes que tenham a seu favor decisão judicial transitada em julgado (sem possibilidade de recurso) declarando a inconstitucionalidade formal e material, não podem ser cobrados em razão de o Supremo Tribunal Federal ter, posteriormente, se manifestado em sentido oposto à decisão. Decisão unânime da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (AgReg no Resp 1176454/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/04/2011, Dje 28/04/2011.

Não há que se ter dois pesos e duas medidas.

Por fim, cabe salientar que, diferentemente do que afirma a recorrente, o Parecer PGFN/CRJ nº. 492/2011 não traz qualquer determinação, vez que não possui força cogente, não sendo cabível a atos dessa espécie determinar procedimentos, traduzindo-se, tão-somente, em orientação, o que não vincula a autoridade julgadora administrativa.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres