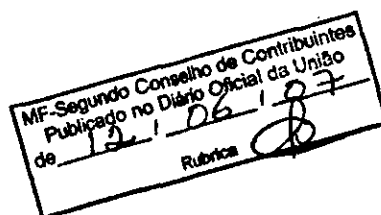




**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10882.002435/2004-04  
Recurso nº 136.922 Voluntário  
Matéria COFINS  
Acórdão nº 203-12.014  
Sessão de 25 de abril de 2007  
Recorrente Antilhas Embalagens Editora e Gráfica S/A  
Recorrida DRJ em Campinas-SP



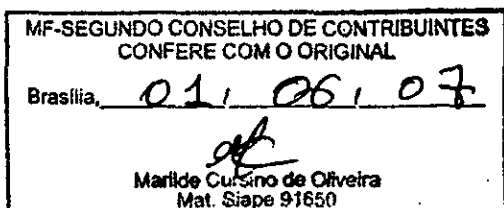
Assunto: Contribuição para o Financiamento da  
Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/1999 a 31/12/1999

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. AUTO DE INFRAÇÃO CONTENDO IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTADA E ENQUADRAMENTO LEGAL. REJEIÇÃO. Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade do lançamento, quando o auto de infração atende ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, identifica a matéria tributada e contém a fundamentação legal correlata.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. Alegações de inconstitucionalidade, incluindo suposto caráter confiscatório da multa de ofício, constituem-se em matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste Processo Administrativo Fiscal, sendo da competência exclusiva do Poder Judiciário.

COFINS. LANÇAMENTO. DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES DECLARADOS OU PAGOS E OS DA ESCRITA CONTÁBIL. PROCEDÊNCIA. Mantém-se o lançamento apurado com base em diferenças entre os valores declarados ao Fisco ou pagos e aqueles constantes da escrita contábil, quando o contribuinte, apesar de intimado a explicar tais diferenças, não as justifica.



JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.  
Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, apenas se a lei não dispuser de modo diverso os juros de mora serão calculados à taxa de 1% ao mês, pelo que é legítimo o emprego da taxa Selic como juros moratórios, a teor do art. 13 da Lei nº 9.065/95.

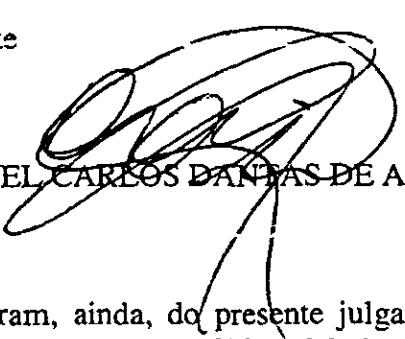
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Ivan Allegretti (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda que deram provimento em relação às demais receitas. O Conselheiro Dalton Cesar de Miranda apresentará declaração de voto. Fez sustentação oral pela recorrente, o Dr. Igor Araújo Soares.

  
ANTONIO BEZERRA NETO

Presidente

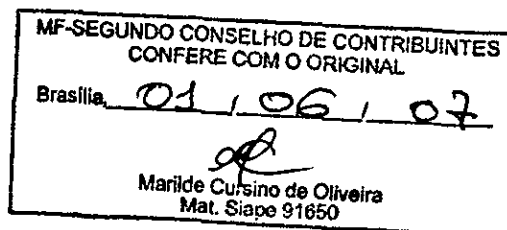
  
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Odassi Guerzoni Filho e Dory Edson Marianelli.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva.

/eaal



## Relatório

Trata-se do Auto de Infração de fls. 40/46, relativo à COFINS nos períodos de apuração de 01/1999 a 12/1999, no valor total de R\$ 2.261.807,58, incluindo multa de ofício de 75% e juros de mora.

Conforme o Termo de Verificação que integra o Auto de Infração, o lançamento decorre de diferenças apuradas pela fiscalização no procedimento denominado Verificações Preliminares Obrigatórias. No referido Termo consta o seguinte (fls. 35/36):

*Pela análise das informações fornecidas pela empresa contribuinte através do sistema "Informações à SRF" em cotejo com a sua escrituração contábil e fiscal e DCTFs entregues, foram apuradas diferenças nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS para o ano-calendário de 1999.*

*A empresa foi intimada em 16/09/2004 a justificar as diferenças apuradas. Com esse objetivo lhe foram apresentadas, em anexo àquela intimação, as planilhas geradas pelo sistema "Papéis de Fiscalização", ressaltando-se que o cotejo das bases de cálculo informadas no programa "Informações à SRF" e respectivas planilhas impressas foi efetuado com os registros constantes dos Livros Razão da empresa e com as DCTFs entregues.*

*Em resposta, protocolizada em 28/09/2004, a empresa contribuinte limitou-se a questionar a forma de apuração das bases de cálculo do PIS/PASEP referente ao período de 2003 e 2004, deixando de se manifestar a respeito das diferenças apuradas no ano-calendário de 1999.*

*Diante da constatação de diferenças nas Bases de Cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, da falta de apresentação de documentação comprobatória por parte da contribuinte em vista das oportunidades oferecidas para apresentar suas justificativas e tendo em conta o tempo decorrido entre o início da ação fiscal e a presente data, bem como no intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional contra os efeitos da decadência, não resta outra alternativa a esta auditoria senão a lavratura de auto de infração para exigência de crédito tributário devido à Fazenda Nacional apurado no presente trabalho.*

*Os valores de receita apurados neste procedimento de auditoria fiscal foram obtidos nos Livros Razão da Empresa, cujas contas envolvidas encontram-se escrituradas nas seguintes páginas:*

Vendas de Mercadorias/Produtos

[tabela]

Demais Receitas

[tabela].



|                                                                                       |          |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES                                                  |          |
| CONFERE COM O ORIGINAL                                                                |          |
| Brasília,                                                                             | 01/10/04 |
|  |          |
| Marilde Cursino de Oliveira                                                           |          |
| Mat. Sape 91650                                                                       |          |

Na impugnação, a autuada alega basicamente o seguinte, conforme parte do relatório da primeira instância que reproduzo, porque resume com precisão as alegações (fls. 121/122):

*4.1. Faz um breve relato da ação fiscal. Na sequência, alega a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, a qual majorou a alíquota da contribuição, de 2% para 3%, bem como promoveu a alteração da base de cálculo, face introdução de novo conceito de faturamento mensal. Acusa que tais alterações somente poderiam ter sido promovidas por meio de Lei Complementar. Entende que a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, não validou a lei aqui contestada, uma vez que esta última foi editada sob a égide da redação anterior do art. 195 da Constituição Federal, de 1988. Fundamenta-se, mediante longo arrazoado, na violação dos princípios da capacidade contributiva, da equidade na participação do custeio, da isonomia, da vedação ao confisco e da justiça social, bem como na doutrina e jurisprudência que aponta;*

*4.2. Acusa, ainda, que a autuação se baseou em análises superficiais da fiscalização. Entende que o ato administrativo deve ser devidamente fundamentado, mediante prova concludente dos fatos narrados. Em suas palavras:*

*"Assim, os argumentos que sustentam o presente Auto de Infração são frágeis e carecedores de sustentação legal, porque a Impugnante pretende a demonstração de toda documentação oportunamente que comprovarão a veracidade dos fatos.*

*Restou claro que o objetivo da fiscalização não foi o de orientar o contribuinte, ou da correta autuação da Impugnante, mas sim um forte interesse em ver a empresa autuada com um precário levantamento fiscal efetuado, que afronta a legislação e jurisprudência vigente."*

*4.3. Cita jurisprudência. Julga que foram violadas regras concernentes ao processo administrativo fiscal, sendo o caso de nulidade por vício formal, segundo doutrina que menciona. Afirma que "a luz dos fatos faz-se o direito, o qual comprova a fraude fiscal, pois o contribuinte merece fé até prova em contrário...". Apresenta mais jurisprudência e ensina que o levantamento fiscal não deve consistir em presunção jure et de jure;*

*4.4. Alega, por último, a inconstitucionalidade, tanto da multa de lançamento de ofício, quanto dos juros Selic, tudo com apoio na jurisprudência. No que versa sobre a multa, por restar adstrita aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da capacidade contributiva e do não-confisco. Sobre os juros Selic, em razão de se tratar de índice utilizado pelas instituições financeiras, de natureza remuneratória e não fiscal. Entende que sua exigência, nos termos da lei ordinária, fere as disposições do artigo 161, § 1º, do CTN, e do artigo 150, I, da CF/88. Ademais, acusa, com fulcro no art. 2º, § 1º, do Código Civil, que a utilização da Selic foi derogada pela Lei nº 9.964, de 2000, instituidora do Refis, que utiliza a TJLP como base de incidência de juros de mora tributária. Do contrário, entende ferido o princípio da isonomia;*

*4.5. Encerra protestando pela improcedência da autuação, bem como pela juntada posterior de documentos, ante o curto espaço de tempo para a defesa.*

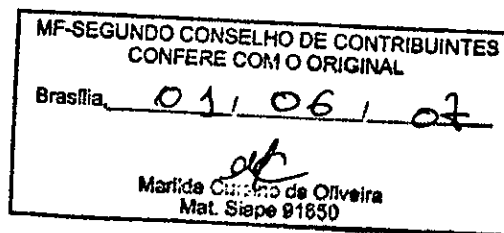
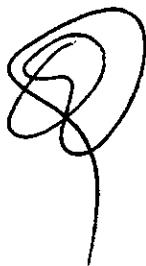
A 4ª Turma da DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 118/125, julgou o lançamento procedente.

O Recurso Voluntário de fls. 144/185, tempestivo (fl. 335, vol. II), insiste na improcedência do lançamento, repisando os argumentos da impugnação com acréscimos.

Após defender que este órgão judicante administrativo deve, sim, apreciar alegações de inconstitucionalidade, tece considerações sobre as seguintes alegações: nulidade do Auto de Infração; inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, no que alterou a base de cálculo do PIS e da COFINS e aumentou a alíquota de 2% para 3%; caráter confiscatório da multa no percentual de 75%; e inaplicabilidade da taxa Selic.

Às fls. 332/335, vol. II, dão conta do arrolamento de bens regular.

É o Relatório.



|                                                                                   |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----------|
| MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES                                              |          |
| CONFERE COM O ORIGINAL                                                            |          |
| Brasília                                                                          | 01/06/07 |
|  |          |
| Marilene Cursino de Oliveira<br>Mat. Siage 91650                                  |          |

## Voto

Conselheiro, EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

De início ressalto não poder considerar, nesta oportunidade, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarada pelo STF por ocasião dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273 e 390.840 (relator, para estes três publicados no DJ de 15/08/2006, p. 25, o Min. Marco Aurélio) e 346.084 (relator para este último, publicado em 01/09/2006, o Min. Ilmar Galvão).

Como a inconstitucionalidade foi declarada na via incidental, cujos efeitos não são *erga omnes*, até que sobrevenha ato do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional cancelando tais lançamentos, conforme autorizado pelo art. 4º do Decreto nº 2.346/97, descabe a este órgão julgado administrativo considerar tal inconstitucionalidade. Outra alternativa, a evitar prejuízos para os cofres financeiros públicos e demora para os contribuintes, é a edição de súmula vinculante por parte do STF, nos termos da recente Lei nº 11.417, de 19/12/2006.

Até lá os litígios envolvendo o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pela Lei nº 9.718/98, hão de ser dirimidos por esta instância administrativa sem levar em conta a inconstitucionalidade decretada pelo STF.

### PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO: REJEIÇÃO

Preliminarmente, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, levando em conta que o Auto de Infração atende plenamente ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72: foi lavrado por servidor competente, possui todos os elementos exigidos, identifica a matéria tributada e contém o enquadramento legal correlato.

O lançamento decorre de divergências entre os montantes declarados/pagos e os escriturados, apuradas pela fiscalização no procedimento das verificações preliminares obrigatórias. Como informado no Termo de Verificação Fiscal, os valores de receita considerados para o lançamento foram obtidos nos Livros Razão da empresa, às fls. discriminadas pela Auditora-Fiscal autuante (fl. 36).

Ao contrário do que argúi a recorrente, não se fundamente em presunção. Além do mais, a fiscalização, após constatar as diferenças, intimou a empresa a justificá-las (fls. 29/30). A recorrente, no entanto, de forma sucinta preferiu questionar a forma de apuração das bases de cálculo do PIS/PASEP referente ao período de 2003 e 2004, deixando de se manifestar a respeito das diferenças que resultaram no lançamento em tela (fl. 32).

## MÉRITO

Como as diferenças encontradas não foram justificadas pela recorrente, o lançamento deve ser mantido. Afinal, a fiscalização nada mais fez do que considerar como verdadeiros os dados constantes da escrituração efetuada pela própria contribuinte. Esta, por outro lado, embora tenha tido oportunidade para explicar as incongruências, optou por se calar.



|                                                                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL                                                                        |            |
| Brasília,                                                                                                                             | 01, 06, 07 |
| <br>Marilda Cursino de Oliveira<br>Mat. Siape 91650 |            |

No tocante aos argumentos de inconstitucionalidade, como o de que a multa de ofício no percentual de 75% seria confiscatória e todas as considerações sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, no que alargou a base de cálculo do PIS e da COFINS e aumentou a alíquota desta, assim como a DRJ, também entendendo impossibilitada a apreciação neste processo administrativo.

No âmbito do Poder Executivo o controle de constitucionalidade é exercido *a priori* pelo Presidente da República, por meio da sanção ou do veto, conforme o art. 66, § 1º, da Constituição Federal.

*A posteriori* o Executivo federal, na pessoa do Presidente da República, possui competência para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tudo conforme a Constituição Federal, arts. 103, I e seu § 4º, e 102, § 1º, este último parágrafo regulado pela Lei nº 9.882/99. Também atuando no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidades, o Advogado-Geral da União será chamado a pronunciar-se quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (CF, art. 103, § 3º).

No mais, *a posteriori* o Executivo só deve se pronunciar acerca de inconstitucionalidade depois do julgamento da matéria pelo Judiciário. Assim é que o Decreto nº 2.346/97, com supedâneo nos arts. 131 da Lei nº 8.213/91 (cuja redação foi alterada pela MP nº 1.523-12/97, convertida na Lei nº 9.528/97) e 77 da Lei nº 9.430/96, 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 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 (art. 4º, parágrafo único do referido Decreto).

O Decreto nº 2.346/97 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.

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 compete apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie. Neste sentido já informa, inclusive, o



|                                                                                                                                      |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL                                                                       |            |
| Brasília,                                                                                                                            | 01, 06, 07 |
| <br>Marilde Cursino de Oliveira<br>Mat. Slape 91650 |            |

art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

Por último o tema da taxa Selic, que nada tem de ilegal no que substituiu os juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês com amparo no art. 13 da Lei nº 9.065/95. Este dispositivo legal determina que os juros de mora incidentes sobre os tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal sejam equivalentes à taxa Selic a partir de 01/04/1995. Antes os juros de mora já eram equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna, nos termos do art. 84, I, da Lei nº 8.981, de 20/01/1995.

Estatuído em lei que a Selic será empregada para fins tributários, inclusive no caso dos indébitos (os arts. 16 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, determinaram a incidência da referida taxa também sobre as restituições e compensações, a partir de 01/01/96), tornou-se irrelevante saber se, originalmente, possuía natureza remuneratória (decorrente de convenção, lei ou sentença, a título de rendimento do capital ou do bem), compensatória ou indenizatória (devida para indenizar danos ocasionados pelo devedor no caso de apropriação compulsória de bens), ou ainda moratória (devida em virtude do atraso do devedor, no cumprimento de obrigação de pagar).

A discussão é estéril porque, se fora do plano jurídico trata-se de taxa média praticada no mercado financeiro, juridicamente ela tem a natureza de juros de mora, a teor dos dispositivos legais retrocitados.

Outrossim, quem argúi que a taxa Selic não tem natureza tributária mas financeira, incorre em dois erros: um jurídico, dado que a matéria foi objeto de lei (e lei versando exclusivamente sobre tributos, cabe ressaltar); e outro erro, lógico, face a que não existe uma taxa de juros que não seja financeira. A taxa Selic, como índice financeiro que é, pode ter diversas aplicações, incluindo a sua utilização como juros de mora para fins tributários.

Por outro lado, os juros de mora podem ser superiores a 1% ao mês, pois o art. 161 do CTN, no seu § 1º, determina que "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Este dispositivo não impede que o percentual seja superior a 1%, quando a lei assim dispõe.

A referendar o emprego da taxa Selic, trago à colação decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, onde já é pacífico o seu emprego nas restituições e compensações, a partir de 01/01/96. O julgado abaixo deixa assentado que o mesmo tratamento deve ser dado aos créditos tributários em favor da Fazenda Nacional. Observe-se:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. TAXA SELIC. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. CDA. CERTEZA E LIQUIDEZ. SÚMULA N. 7/STJ. COTEJO ANALÍTICO NÃO DEMONSTRADO.*

*1. Não cabe a esta Corte Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.*



2. O artigo 161 do CTN, ao estipular que os créditos não pagos no vencimento serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1%, ressalva, expressamente, "se a lei não dispuser de modo diverso", de modo que, estando a SELIC prevista em lei, inexistente ilegalidade na sua aplicação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, aplicado a taxa SELIC a favor do contribuinte, nas hipóteses de restituições e compensações, não sendo razoável deixar de fazê-la incidir nas situações inversas, em que é credora a Fazenda Pública.

4. Para se verificar a liquidez ou certeza da CDA ou, ainda, a presença dos requisitos essenciais a sua validade, seria necessário reexaminar questões fático-probatórias, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ).

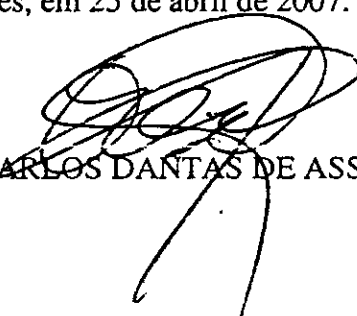
5. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.

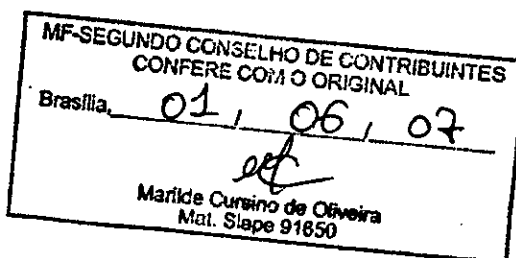
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

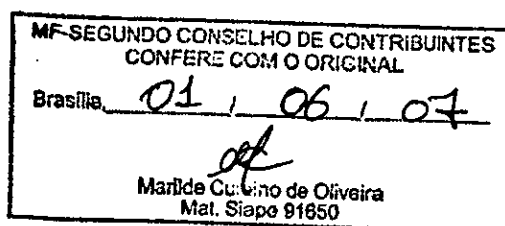
(STJ, Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2003/0046623-9, Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento em 18/05/2004, DJ de 28/06/2004 PG:00252, **negritos ausentes no original**).

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007.

  
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS





## Declaração de Voto

Conselheiro, DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Em razão da discussão que se encerra neste processo, sinto-me inclinado a manifestar a presente declaração de voto a propósito do afastamento que este Colegiado deve promover à já declarada parcial inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

Entendo, e aqui faço a ressalva, que este Colegiado supostamente não estaria autorizado a reconhecer e/ou declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, declarada pela Corte Suprema, pois tal declaração tem se dado entre partes, com efeitos restritos.

Não obstante, observo já haver pronunciamento jurisdicional no seguinte sentido:

*"AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 475.812-1PROCED.:  
SÃO PAULO*

*RELATOR : MIN. EROS GRAU*

*AGTE(S): IRMÃOS FRANCESCHI ADMINISTRAÇÃO E  
PARTICIPAÇÕES S/A E OUTRO(A/S)*

*ADV.(A/S): DELANO FERRAZ CUNHA E OUTRO(A/S)*

*AGDO.(A/S): UNIÃO*

*ADV.(A/S): PFN - JULIANA FURTADO COSTA*

### VOTO

*O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): As alegações das agravantes não infirmam a decisão agravada.*

*2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, Sessão do dia 9.11.2005, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, na parte em que acrescentou receitas diversas daquelas do produto da venda de mercadoria, de mercadoria e serviços e de serviço de qualquer natureza ao conceito de receita bruta do contribuinte [LC 70/91, artigo 2º]. A instituição de nova fonte destinada à manutenção da seguridade social somente seria admissível pela via de lei complementar [CB/88, artigo 195, § 4º].*

*by*

|                                                                                   |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------|------------|
| MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL                    |            |
| Brasília,                                                                         | 01, 06, 07 |
|  |            |
| Marilda Cursino de Oliveira<br>Mat. Siapo 91650                                   |            |

3. A alegação das agravantes --- de que os precedentes não poderiam ter sido utilizados como fundamento da decisão agravada --- não merece prosperar. Este Tribunal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva [RE n. 388.830, DJ de 10.3.2006, 2ª Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes].

4. Essa conclusão foi adotada pelo Plenário no julgamento da SE n. 5.206-AgR, voto proferido em 8.5.97, quando o Relator o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou:

*"E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer - como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas (Casación Civil, trad., EJE, BsAs, 1959, 12 ss.) - que no recurso extraordinário - via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei -, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle incidenter em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado "como elemento propulsor posto a serviço de interesse público", que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe."*

*Nego provimento ao agravo regimental."*

Mas, permito-me reconhecer a inaplicabilidade de tal dispositivo legal sob os auspícios da jurisprudência lançada pelo Superior Tribunal de Justiça já nos idos de 2005, quando foi provocado a se manifestar sobre o tema em apreço e sob o enfoque da norma infraconstitucional.

E assim concluiu aquele Tribunal Superior:

**"RECURSO ESPECIAL - ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 515 E 535 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - PIS E COFINS - LEI N. 9.718/98 - MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA - CONCEITO DE FATURAMENTO E O ARTIGO 110 DO CTN - BASE DE CÁLCULO DA COFINS - ALTERAÇÃO DE CONCEITO DE DIREITO PRIVADO**

*cul*

|                                                                                                                                     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL                                                                      |
| Brasília, <u>01/06/07</u>                                                                                                           |
| <br>Marilde Cursino da Oliveira<br>Mat. Sisp 91650 |

- **FATURAMENTO EQUIVALE À RECEITA BRUTA COMO PRODUTO DAS VENDAS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS.**

- *Não houve a alegada violação dos artigos 515 e 535 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a Corte de origem apreciou devidamente toda a matéria recursal devolvida.*

- *Nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, o faturamento é sinônimo de receita bruta, sendo esta o resultado da venda de bens e serviços. A Lei n. 9.718/98, contudo, ampliou o conceito de faturamento ao equipará-lo à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, com as exclusões do § 2º do artigo 3º.*

- *A Lei n. 9.718/98, ao estender o conceito de faturamento, para fins de incidência da COFINS, para todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da classificação contábil, incluiu outras receitas além daquelas advindas de vendas e serviços, circunstância a evidenciar afronta do disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional. Precedentes da colenda 2ª Turma (REsp 501.628-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24.05.2004; e REsp 617.642/PE, da relatoria deste Magistrado, j. em 03.08.2004).*

- *A Lei Complementar n. 70/91, que definiu a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza como a base de cálculo da COFINS, não é suscetível de alteração por meio de lei ordinária. Iterativos ensinamentos doutrinários.*

- *Recurso especial provido.*" (REsp nº 645.238, Min. Franciulli Neto, Segunda Turma do S.T.J., acórdão publicado no D.J.U., Seção I, de 13/12/2004)

A matéria, portanto, foi examinada sob a ilegalidade do artigo 3º da Lei nº 9718/98, em face do comando legal contido no artigo 110 do Código Tributário Nacional, o que também pode ser adotado e realizado por este Colegiado Superior.

É ainda relevante destacar sobre o tema e a aplicabilidade da análise da matéria sob o enfoque do artigo 110 do CTN, que o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, para reconhecer a inconstitucionalidade do mencionado artigo da Lei nº 9.718/98, viu-se obrigado a validar e reconhecer o julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a mesma discussão, nos seguintes termos:

**"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**

<sup>1</sup> Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do S.T.F., acórdão publicado no D.J.U., Seção I, de 15/8/2006



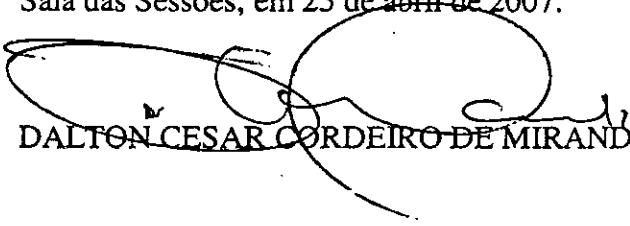
*o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se 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." (destaquei)*

Diante desses argumentos, não me sinto constrangido em concluir que não se aplica ao caso em concreto o artigo 3º da Lei nº 9.718/98, por ilegal.

Em conclusão, declaro meu voto pelo provimento ao recurso interposto, conforme acima apontado.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007.

  
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

