

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

Processo nº 10980.011344/2003-62
Recurso nº 139.907 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.292
Sessão de 05 de agosto de 2008
Recorrente HERBARIUM LABORATÓRIO BOTÂNICO LTDA.
Recorrida DRJ em Curitiba - PR

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/1999, 01/11/1999 a 30/11/1999, 01/02/2000 a 28/02/2000, 01/03/2001 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002

COFINS E PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EFEITOS.

Já é do domínio público que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 (RREE nºs 346.084, Ilmar, 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 09/11/2005 - Inf./STF 408), proclamando que a ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito e, embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, parágrafo único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, arts. 741, parágrafo único; e 475-L, § 1º, redação da Lei nº 11.232/2005). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliara a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS DE ICMS. POSSIBILIDADE.

As parcelas relativas à recuperação de créditos de IPI e ICMS registrados extemporaneamente não representam entradas de

son

sky

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	20, 03 2009
Sílvia Siqueira Barbosa	
Mat.: Sispel 91745	

receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial e, portanto, não integram as bases de cálculo do PIS e da Cofins.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

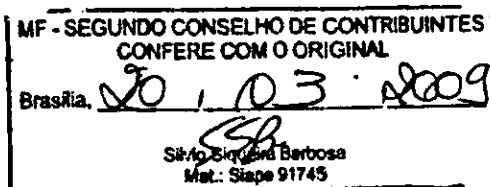
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 104/119) contra o v. Acórdão DRJ/CTA nº 06-13.879, exarado em 21/03/2007 (fls. 88/97) pela 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente em parte o lançamento original de Cofins (MPF nº 0910100/00694/03, fls. 39/49), notificado em 25/11/2003 (fl. 39), no valor total de R\$ 91.969,28 (Cofins: R\$ 44.511,84; juros: R\$ 14.073,67; multa: R\$ 33.383,77), que acusou a ora recorrente de falta de recolhimento de Cofins no período de 28/02/99 a 30/11/2002, "porque o contribuinte não adicionou à base de cálculo da contribuição (...) os valores correspondentes à rubrica 'recuperação de despesas', conforme determina os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98" (sic auto de infração). Em razão dos fatos relatados, a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91; 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MPs nºs 1.807/99 e 1.858/99 e reedições; 2º, inciso II, parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51, do Decreto nº 4.524/2002, e devidos a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e os juros à taxa Selic, nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 88/97, da 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR, houve por bem julgar procedente em parte o lançamento original de Cofins, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/1999, 01/11/1999 a 30/11/1999, 01/02/2000 a 28/02/2000, 01/03/2001 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/1999

RECUPERAÇÃO DE DESPESAS. COMPENSAÇÃO DE PIS. CRÉDITOS INEXISTENTES. RECEITA CORRESPONDENTE. EXCLUSÃO.

Verificando-se inexistentes os créditos de PIS a compensar, pode ser excluída a receita correspondente, registrada a título de recuperação de despesa, da base de cálculo.

Períodos de apuração: 01/03/1999 a 31/03/1999, 01/06/1999 a 30/06/1999, 01/11/1999 a 30/11/1999, 01/02/2000 a 28/02/2000, 01/03/2001 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20, 03 2009
Sílvia Sampaio Barbosa
Matr. SUSEP 91745

RECUPERAÇÃO DE DESPESAS. RECEITAS. VALORES PASSÍVEIS DE SEREM EXCLUÍDOS. PAGAMENTO INDEVIDO DE TRIBUTOS. CARACTERIZAÇÃO.

Os valores escriturados na conta "recuperação de despesas" compõem a base de cálculo da contribuição, porquanto constituam receita, mas podem ser excluídos, excepcionalmente, desde que se refiram à recuperação de pagamento indevido de tributos, excluídos os juros a eles acrescidos na recuperação.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. PERCENTUAIS. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se juros de mora e multa de ofício pelos percentuais legalmente determinados.

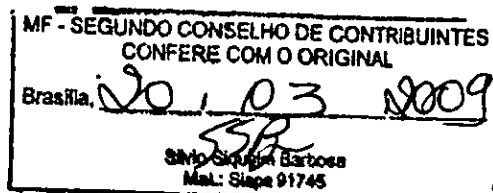
Lançamento Procedente em Parte".

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 104/119) a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) a ilegalidade da inclusão de valores recuperados de créditos de ICMS na base de cálculo da Cofins, seja em face da declaração da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718/98, recentemente proclamada pelo STF, seja porque a referida recuperação não afeta a base de cálculo das referidas contribuições.

É o Relatório.

[Assinatura]

[Assinatura]



Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O recurso voluntário (fls. 104/119) reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece provimento.

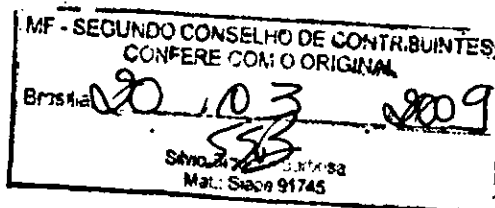
Já é do domínio público que, ao julgar os RREE nºs 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9/11/2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 16/06/2006, pág. 17, Ement Vol-02237-03, pp-00481; Acórdão da 1ª Turma do STF nos Emb. de Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52, Ement Vol-02238-03, pp-00428; Acórdão da 1ª Turma nos Emb. de Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, Ement Vol-02238-03, pp-00538), anteriormente à EC nº 20/98.

Nesse particular, releva notar que o pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou exigência administrativa tinha efeito vinculante e eficácia subordinante, eis que a desobediência à autoridade decisória dos julgados proferidos pelo STF importa na invalidação do ato que a houver praticado (cf. Acórdão do STF-Pleno na Reclamação nº 1.770-RN, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 187/468; cf. Acórdão do STF-Pleno na Reclamação nº 952, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 183/486).

Analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o Egrégio STJ recentemente esclareceu que *"a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito"*, e, *"embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei nº 11.232/2005). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF."* (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 15/05/2006, pág. 186).

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (arts. 150, inciso I, da CF/88; e 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de

[assinatura]



conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que, ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refujam às base de cálculos da Cofins e do PIS/Pasep adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.

No caso concreto verifica-se que as acusações fiscais do lançamento fiscal excogitado se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais ("receitas decorrentes de recuperação de créditos de ICMS") que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, o que, nos termos da jurisprudência citada, torna ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Mas, ainda que assim não fosse, a jurisprudência desta Corte Administrativa tem reiteradamente proclamado que as parcelas relativas à recuperação de créditos de IPI e de ICMS registrados extemporaneamente não representam entradas de receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial e, portanto, não integram as bases de cálculo do PIS e da Cofins, como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/08/2000

Ementa: BASE DE CÁLCULO. RECEITA. CRÉDITO DO ICMS.

O valor do ICMS registrado extemporaneamente não representa entrada de receita e não integra a base de cálculo do PIS.

(...)

Recurso provido em parte." (cf. Acórdão nº 201-79.494, Recurso nº 122.665, Processo nº 10940.000811/2001-33, em sessão de 27/07/2006, rel. Conselheiro Walber José da Silva, publ. in DOU de 14/08/2007, Seção 1, pág. 288)

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1998 a 28/02/1998, 01/06/1998 a 30/06/1998, 01/09/1998 a 31/12/2002

(...)

CRÉDITO PRESUMIDO. ICMS E IPI. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98 DECLARADA PELO STF. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS.

O crédito presumido do ICMS e do IPI são parcelas relacionadas à redução de custos e não à obtenção de receita nova oriunda do exercício da atividade empresarial. Por decisão definitiva proferida pelo STF, deve ser afastada a inclusão na base de cálculo da

Handwritten signatures: Kelly and Jom

MF - SEGURANÇA CONTRA FISCOS CONTRIBUINTES
COPIA ORIGINAL
Data: 20.03.2009
Selo: 550
Mat: 550/91745

contribuição ao PIS e da Cofins das parcelas relativas ao crédito presumido do ICMS e do IPI, por não se constituírem em receitas decorrentes da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

Recurso provido." (cf. Acórdão nº 202-18.396 da 2ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 139.098, Processo nº 13973.000401/2003-65, em sessão de 18/10/2007, rel. Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, publ. in DOU de 07/03/2008, Seção 1, pág. 29)

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/09/2004

(...)

BASE DE CÁLCULO. ICMS. CESSÃO DE CRÉDITO.

As cessões onerosas e outras operações semelhantes envolvendo créditos de ICMS, por representarem mera mutação patrimonial, não integram a base de cálculo da contribuição.

Recurso provido em parte." (cf. Acórdão nº 201-80.864 da 1ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 142.593, Processo nº 13609.000792/2004-57, em sessão de 13/12/2007, rel. Conselheiro José Antonio Francisco, publ. in DOU de 23/04/2008, Seção 1, pág. 45)

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/2003

EMENTA: PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS.

Não há incidência de PIS sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial.

(...)

Recurso provido em parte." (cf. Acórdão nº 201-80.785 da 1ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 131.895, Processo nº 10825.001520/2003-41, em sessão de 11/12/2007, rel. Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, publ. in DOU de 23/04/2008, Seção 1, pág. 41)

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

EMENTA: COFINS. CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE COFINS.

Não há incidência de Cofins sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial.

Recurso provido." (cf. Acórdão nº 201-80.505 da 1ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 138.254, Processo nº 13005.000506/2005-33, em sessão de

Stacy

Stacy

IMP - SEGUROS
Data 20 03 2009
Simpliciana Barbosa
Mat: Sape 91745

CC02/C01
Fls. 159

15/08/2007, rel. Conselheiro Gileno Gurjão Barreto, publ. in DOU de 08/01/2008, Seção 1, pág. 22)

Isto posto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para julgar improcedente o lançamento da contribuição e juros incidentes sobre as parcelas relativas à recuperação de créditos de ICMS registrados extemporaneamente, que, por não representarem entradas de receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial, não integram as bases de cálculo do PIS e da Cofins, tal como pacificamente reconhecido pela jurisprudência retromencionada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de agosto de 2008.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'ÊÇA

