



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 11030.001948/2001-31
Recurso nº 126.144 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº -202-18.130
Sessão de 20 de junho de 2007
Recorrente COMIL - CARROCERIAS E ÔNIBUS LTDA.
Recorrida DRJ em Santa Maria - RS

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
COMIL - CARROCERIAS E ÔNIBUS LTDA
Brasília, 24 de Junho de 2007
Sueli Tolentino Mendes da Cruz
Adv. Suame 91751

Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Período de apuração: 01/07/2001 a 31/07/2001

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 22 / 10 / 07
Rubrica

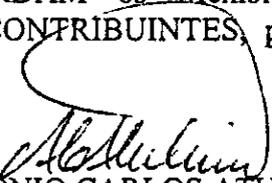
Ementa: RESSARCIMENTO DE CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI.

A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ANTÔNIO CARLOS ATULIM
Presidente


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (Suplente), Claudia Alves Lopes Bernardino, José Adão Vitorino de Moraes (Suplente), Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES			
CONFERÊNCIA PERIÓDICA			
Brasília,	24	07	2007
			
Sueli Tolentino Mendes da Cruz Mat. Sincro 91751			

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Santa Maria - RS.

A autuação foi lavrada em razão de não ter sido incluído na base de cálculo da Cofins, referente ao fato gerador de julho de 2001, o valor recebido a título de ressarcimento de crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, que a fiscalização entende ser integrante da receita bruta da empresa, na forma dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998.

Impugnando, alegou a empresa a inconstitucionalidade das modificações introduzidas na base de cálculo pela Lei nº 9.718/98; indevida utilização da taxa selic como juros moratórios; multa de ofício inconstitucional.

Apreciando as razões postas na impugnação, o Colegiado de primeira instância proferiu decisão resumida na seguinte ementa:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/07/2001

Ementa: PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE. Compete exclusivamente ao Poder Judiciário pronunciar-se acerca de arguições de inconstitucionalidade de ato legal regularmente editado.

JUROS DE MORA. LIMITE CONSTITUCIONAL. Não há impedimento de que sejam exigidos juros de mora em percentual maior que o limite constitucional para os juros reais, porque tal dispositivo não é auto-aplicável e não foi, ainda, regulamentado.

Lançamento Procedente".

Intimada a conhecer da decisão em 16/06/2003, a empresa, insurreta contra seus termos, apresentou, em 18/07/2003, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com as mesmas razões de dissentir postas na impugnação.

Reforça a improcedência total do auto de infração e da decisão singular encadeando o seguinte raciocínio: 1) a Lei Complementar nº 70/91, por ser materialmente lei ordinária, poderia ter sido alterada e até revogada pela Lei nº 9.718/98; 2) a LC nº 70/91 foi revogada por incompatibilidade pela Lei nº 9.718/98; 3) como a Lei nº 9.718/98 era vigente (sentido amplo) e eficaz desde a sua publicação, foi nessa data que ocorreu a revogação da LC nº 70/91; 4) a Lei nº 9.718/98 não foi recepcionada pelo art. 195, I, da CF, pela redação dada pela EC nº 20/98; 5) inconstitucionalidade das modificações de base de cálculo; 6) inconstitucionalidade da alteração de alíquota.

Desse raciocínio conclui pela violação dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da igualdade, de consequência, violação da Constituição Federal, bem como pela inexistência de qualquer lei válida para exigir a contribuição, de vez que a lei revogadora é inconstitucional.

e

Por outro lado, expende extenso arrazoado sobre a impossibilidade de utilização da selic como taxa de juros moratórios sobre débitos fiscais por ser a um tempo ilegal e inconstitucional.

Também combate o exagero da penalidade contida na multa de ofício, asseverando sua ofensa à Constituição da República, por arrostar o princípio do não-confisco, pugnando pela sua redução.

Alfim requer a apreciação das razões apresentadas e a decorrente declaração da insubsistência do crédito tributário consubstanciado no auto de infração.

A Repartição Fiscal de origem informa, à fl. 130, a formalização do Processo nº 13027.000298/2003-52 para fins de arrolamento de bens.

À fl. 131 consta relatório acerca da recusa do referido órgão em aceitar os bens oferecidos para arrolamento, em face de os mesmos já se encontrarem comprometidos com outros débitos constantes em outros processos administrativos, os quais identifica.

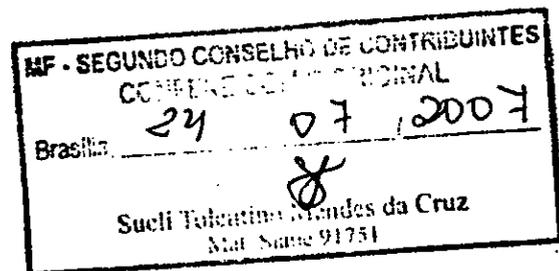
Ao ter negado o seguimento do recurso voluntário, a recorrente impetrou Mandado de Segurança alegando incompetência da autoridade administrativa em exercer o juízo de admissibilidade do referido recurso.

Com espeque no art. 35 do Decreto nº 70.235/72 foi concedida a liminar para que os autos ascendessem a este Conselho, determinando expressamente a ampla liberdade da autoridade fiscal em 2ª instância para apreciar a suficiência do depósito.

Colocado em pauta na sessão realizada em 09 de novembro de 2006, este Colegiado decidiu, por unanimidade, converter o julgamento do recurso em diligência para que fosse regularizada a garantia de instância.

Cumpridos os termos da Resolução, retornaram os autos a esta Câmara para prosseguir o julgamento.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 24, 07, 2007 Sueli Tolentino Mendes da Cruz Mat. Signe 91751
--

CC02/C02 Fls. 4

Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora

Como relatado, a autuação foi lavrada em razão de não ter sido incluído na base de cálculo da Cofins, no fato gerador de julho de 2001, o valor recebido, a título de ressarcimento de crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, que a fiscalização entende ser integrante da receita bruta da empresa, na forma dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998.

Sabidamente tal valor não tem origem no faturamento da recorrente e sim em incentivo fiscal criado por lei tributária federal.

No momento em que os autos retornam a esta Câmara e são novamente relatados, tem-se a modificação do cenário jurídico que atinge frontalmente a matéria em foco.

Refiro-me ao encerramento do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, relativo ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, o qual já se encontra transitado em julgado desde 29/09/2006.

O RE 390840/MG, apreciado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, de 09/11/2005, relätado pelo Ministro Marco Aurélio, foi julgado e decidido consoante a seguinte ementa:

“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.”

A decisão teve a seguinte votação:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para

R

declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005."

No voto condutor da sentença reproduzindo o art. 2º da Lei nº 9.718/98, no qual está definida base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins como sendo o faturamento, assim se manifesta do Ministro relator:

"Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo a faturamento sem dar-lhe, no campo da ficção jurídica, conotação discrepante da consagrada por doutrina e jurisprudência, ter-se-ia solução idêntica à concernente à Lei nº 9.715/98. Tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, ou seja, a envolver o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços. Respeitado estaria o Diploma Maior ao estabelecer, no inciso I do artigo 195, o cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo empregador, considerado o faturamento. Em última análise, ter-se-ia a observância da ordem natural das coisas, do conceito do instituto que é o faturamento, caminhando-se para o atendimento da jurisprudência desta Corte."

Após digressão acerca de decisões outras e passadas do Pretório Excelso, retoma o Ministro à Lei nº 9.718/98, completando:

"Então, após mencionar a jurisprudência da Corte sobre a valia dos institutos, dos vocábulos e expressões constantes dos textos constitucionais e legais e considerada a visão técnico-vernacular, volto à Lei nº 9.718/98, salientando, como retratado acima, constar do artigo 2º a referência a faturamento. No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços."

E continua, após reproduzir o texto do art. 3º:

"Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos "faturamento" e "receita bruta". Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria."

Após transcrever o § 1º do art. 3º, arremata:

"O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela

INF. SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL 24 / 07 2007 Gracilla.	Sueli Tolentino Mendes da Cruz Mat. Sisppe 91751
---	---

MF - SEGUNDO GRUPO	CONTRIBUÍNTES
CONFÉRENCIA	SIGILAL
Brasília, 24 / 07 / 2007	
Sueli Tolentino Mendes da Cruz Mat. Siapc 91751	

empresa, pouco importante a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil."

Mais adiante conclui:

"A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial."

Este Conselho de Contribuintes possui larga experiência no trato com lides cujo mérito versava sobre matéria que o plenário do STF julgou inconstitucional; *incidenter tantum*, e que no aguardo da Resolução do Senado Federal manteve por muito tempo a exigência de tributo já reputado definitivamente inconstitucional ou mesmo ilegal, nos casos julgados pelo STJ.

Há que se aprender com a experiência. Não que se possa aqui decidir açodadamente após inaugurais decisões nesse sentido pelas Cortes Constitucional ou Legal. No caso em tela não é esta a circunstância. Trata-se de matéria que há muito vem gerando conflito entre o Fisco e os contribuintes, tendo sido alvo de sentenças judiciais de monta, contrárias aos interesses do Fisco. O volume dessas decisões atingiu seu ápice com a decisão do STF, a qual, publicada, transitou em julgado em 29 de setembro de 2006, sendo enviada pelo Presidente do STF ao Presidente do Senado Federal em 03/10/2006, em cumprimento ao disposto na Constituição Federal.

Portanto, entendo que não há a que resistir. O julgador administrativo tem como limite de decidir as normas legais em vigor, não lhe competindo apreciar inconstitucionalidades ou ilegalidades. Ao revés, a inconstitucionalidade do dispositivo fundador da autuação encontra-se declarada por sentença transitada em julgado pelo órgão designado pela Constituição da República, no art. 102, inciso III, alínea "a", a julgar causas decididas quando a decisão recorrida contrariar seus dispositivos ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

E, consoante dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito, devendo a Administração Pública, segundo dispõe o *caput*, obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ademais, também não compete ao julgador administrativo dar seqüência a exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos *ex tunc*, pela Corte constitucional. Seria de extremo *non sense* e, mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados da Lei nº 9.784/99 manter a exigência tributária, remetendo o contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial,

levando os cofres públicos a pagarem por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à *via crucis* do *solve et repete*.

Nem uma nem outra. Na sutileza desse momento é que se justifica a existência de um tribunal administrativo. Não pode o julgador administrativo posicionado diante de tal circunstância deixar de enfrentar as vicissitudes de ter de um lado a lei formalmente ainda válida e eficaz, de outro a sentença transitada em julgado, proferida pelo Tribunal Maior do País, que mitiga, reduz, apequena o alcance pretendido pela lei no sentido de avançar sobre o patrimônio do particular.

Entendo estar na esfera de competência do julgador administrativo afastar a exigência tributária que se encontra sob sua apreciação, cuja inconstitucionalidade já tenha sido declarada, porém ainda não ampliada para os efeitos *erga omnes*, o que ocorrerá inexoravelmente por ser conduta formal de outro Poder, cuja atuação nem sempre está sincrônica com o tempo e a necessidade da sociedade, afastando, com isso, as inevitáveis ações judiciais e maiores embaraços para o tesouro nacional e para o contribuinte.

Nesse sentido e com base nessa premissa é que comanda o parágrafo único do art 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1979, *verbis*:

“Art. 4º ...

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, 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.” (destaque acrescido).

Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa à cofins contida nos autos, porquanto relativas ao valor recebido, a título de ressarcimento de crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, não inserto na base de cálculo pela recorrente exatamente por entender inconstitucional o comando legal que determinava a tributação de tal parcela.

Por despiciendo, não são objeto de apreciação as alegações contrárias à multa de ofício e aos juros de mora.

Com essas considerações, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 20 de junho de 2007.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

