



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

Processo nº 11060.000397/2004-83
Recurso nº 328.704 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.260 – 1ª Turma Especial
Sessão de 14 de setembro de 2009
Matéria NULIDADE SELIC
Recorrente COMERCIAL SÓ ALIMENTOS LTDA.
Recorrida DRJ/SANTA MARIA - RS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/03/1999, 01/05/1999 a 30/06/1999, 01/08/1999 a 31/08/1999, 01/11/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 29/02/2000, 01/04/2000 a 31/05/2000, 01/07/2000 a 31/08/2000, 01/10/2000 a 30/11/2000, 01/03/2001 a 31/03/2001, 01/09/2001 a 30/09/2001, 01/11/2001 a 30/11/2001, 01/02/2002 a 31/08/2002, 01/11/2002 a 30/11/2002
LANÇAMENTO. NULIDADE.

Não há que se falar em nulidade do lançamento, quando dele constem a origem das receitas tributadas e a apuração da contribuição devida, devidamente acompanhados da documentação contábil correspondente.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 01/04/95 os juros de mora equivalem à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, não cabendo questionamentos quanto à sua legalidade/constitucionalidade no âmbito administrativo.

SÚMULA VINCULANTE. EFEITOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA.

A súmula vinculante editada pelo STF obriga a Administração Direta à adoção do entendimento nela fixado, a partir de sua publicação no órgão de imprensa oficial.

COFINS. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, com a edição de súmula vinculante, cabe a aplicação da regra de decadência prevista no CTN.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo plenário do STF, em sede de controle difuso, e tendo sido, posteriormente, reconhecida por aquele Tribunal a repercussão geral da matéria em questão e reafirmada a jurisprudência adotada, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante, deixa-se de aplicar o referido dispositivo, conforme autorizado pelos Decretos nºs 2.346/97 e 70.235/72 e pelo Regimento Interno do CARF.

RECURSO VOLUNTÁRIO. ALEGAÇÕES RELATIVAS A LANÇAMENTO DIVERSO.

Não cabe a apreciação de alegações relativas a lançamento diverso daquele em análise.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso.


MAGDA COTTA CARDOZO - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 29 de setembro de 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Andréia Dantas Lacerda Moneta, Mônica Monteiro Garcia de los Rios (Suplente), Robson José Bayerl (Suplente) e Magda Cotta Cardozo.

Ausentes os Conselheiros Arno Jerke Júnior e Renata Auxiliadora Marcheti.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado (fls. 235 a 243), tendo sido apurada falta de recolhimento da Cofins. A autoridade fiscal informa no relatório de fl. 244 que foi efetuado recálculo da contribuição, considerando os dados do Livro Razão da autuada, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 228 a 231, deduzidos os valores declarados ou pagos e aqueles inseridos no PAES, constituindo-se de ofício as diferenças.

O contribuinte impugnou o lançamento (fls. 248 a 266), alegando, em resumo, que:

1. O auto de infração é nulo, por ter sido lavrado com base em presunção, visto que todas as intimações feitas pela Fiscalização foram cumpridas pela empresa;

2. Os auditores pinçaram alguns documentos e cheques relativos ao Livro Caixa e os consideraram como documentos legítimos e legais;

3. *A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte, cabendo à autoridade administrativa a prova, e não presunção, da inexatidão dos fatos registrados;*
4. *O Fisco não provou ter havido omissão de receitas;*
5. *O uso da taxa Selic é ilegal e inconstitucional, em razão de sua natureza, em ofensa aos princípios da legalidade e da indelegabilidade da competência tributária;*
6. *Conforme prevê o artigo 61 da Lei nº 8.981/95, para que ocorra a incidência do IRRF é necessário que a pessoa jurídica tenha efetuado pagamento para beneficiário não identificado, ou, quando identificado, não tenha sido comprovada a operação ou sua causa;*
7. *O cheque nº 568015 foi utilizado pela atuada para liquidação parcial do Título de Dívida Pública, adquirido da Diferencial Trust, contabilizado no Livro Razão;*
8. *Os demais cheques foram utilizados na seguinte operação comercial: a empresa Só Alimentos Distribuidora Ltda realizava a venda de títulos de crédito para a atuada, por meio de endosso;*
9. *A atuada realizava o desconto destes títulos nas instituições financeiras e com o valor levantado restituía àquela empresa, por meio do pagamento de outros títulos que essa empresa era devedora;*
10. *Por essa operação, a atuada desfrutava de ganho comercial, cobrado no momento da restituição do valor dos títulos endossados;*
11. *Tais operações são lícitas, pois o título de crédito é instrumento jurídico criado para circular;*
12. *Portanto, tais operações não se enquadram no disposto no art. 61 citado, pois em todas estão discriminadas as operações comerciais realizadas, com documentação hábil e idônea;*
13. *Com relação à suposta omissão de receita caracterizada pelo saldo credor e ao controle paralelo de caixa (caixa contábil), o próprio auto mostra que tal controle foi utilizado por breve período de tempo, no qual a atuada estava introduzindo novo sistema de controle;*
14. *O “caixa contábil” foi utilizado apenas para fazer ajustes no sistema e, por isso, apresenta valores superiores aos do caixa da empresa;*
15. *Com relação à suposta omissão de receita caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigação já paga e/ou incomprovada, esclarece-se que a empresa mantém saldo credor no valor de R\$ 101.250,00 de obrigações a pagar, não baixado,*

pois até hoje tais obrigações não foram salgadas, não havendo como enquadrar tal situação no art. 281-II do RIR;

16. Por fim, em relação à alegação de duplicidade de notas fiscais, a empresa não encontrou o lançamento em seu Livro Razão, tratando-se de equívoco da Fiscalização.

A DRJ – Santa Maria/RS considerou procedente o lançamento (fls. 369 a 375), conforme ementas abaixo transcritas:

PRELIMINAR..NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Inexiste no presente procedimento hipótese de nulidade de que trata o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos, bem como a afronta, a princípios constitucionais, está deferida ao Poder Judiciário, por força do próprio texto constitucional.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A exigência da taxa SELIC como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo a autoridade administrativa afastar a sua pretensão.

COFINS. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO. Deve ser mantida a exigência decorrente da diferença verificada entre os valores da COFINS declarados e os valores escriturados em livros contábeis e fiscais, quando os elementos de fato ou de direito apresentados pela contribuinte não forem suficientes para infirmar os valores lançados pela Fiscalização.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 380 a 400), trazendo as mesmas alegações apresentadas em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MAGDA COTTA CARDOZO, Relatora

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

• DO PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO

Considerando tratar-se de matéria de ordem pública, ainda que não levantada pela recorrente, faz-se necessário, preliminarmente, analisar a questão relativa à possibilidade de se realizar o presente lançamento, sob o aspecto do prazo decadencial.

A regra de decadência aplicável à Cofins encontrava-se disposta no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o qual autorizava a constituição do crédito tributário relativo às contribuições sociais especificadas em seu artigo 11, parágrafo único, no prazo de dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o STF, analisando o referido artigo 45 no exercício do controle difuso da constitucionalidade das normas, concluiu que tal dispositivo violava o artigo 146-III-b da Constituição. Em consequência, foi publicada, em 20/06/08, a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Sobre a súmula vinculante, dispõe a Constituição, em seu artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Considerando que o efeito vinculante da Súmula nº 8 surge para a Administração Pública Direta desde a data de sua publicação, é forçoso concluir-se pela impossibilidade, a partir de 20/06/08, da aplicação dos artigos 45 e 46 (relativo à prescrição) da Lei nº 8.212/91 à constituição e exigência de crédito tributário, aí incluídos os casos pendentes de julgamento administrativo.

Nesse sentido, é interessante transcrever a parte final do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes:

"Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL nº 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, com modulação para atribuir eficácia ex nunc apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa."

Sendo assim, cabe a aplicação da regra de decadência prevista nos artigos 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional - CTN, abaixo transcritos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

No presente caso, vê-se que o lançamento decorreu da análise da documentação contábil do contribuinte, verificando-se a existência de diferenças entre os valores da contribuição apurados pela Fiscalização e os recolhidos (fls. 228 a 231).

Havendo pagamento referente a parte do valor devido pelo contribuinte, entendo correta a aplicação do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, cabendo ao Fisco a constituição de eventual diferença apurada em relação ao valor recolhido, no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Tendo em vista que a ciência do lançamento se deu em 08/03/2004 (fl. 234), constata-se a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário lançado relativo aos períodos de janeiro e fevereiro de 1999, encontrando-se o referido direito extinto em janeiro de 2004 e fevereiro de 2004, respectivamente, anteriormente, portanto, à ciência do auto de infração.

• DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

A autuada alega, em sede preliminar, a nulidade do lançamento, por entender ter sido efetuado com base em mera presunção, não tendo o Fisco comprovado a alegada omissão de receitas.

Analisando-se a documentação que instrui o lançamento, vê-se que às fls. 228 a 231 constam planilhas nas quais a autoridade lançadora relaciona as bases de cálculo da contribuição, o valor devido, bem como o recolhido, apurando-se as respectivas diferenças. As citadas bases de cálculo foram apuradas conforme demonstrativos de fls. 216 a 227, elaborados com base na documentação contábil de fls. 17 a 185 (balancete, razão analítico e livro razão).

Assim, não procede a alegação da recorrente, visto que restou perfeitamente demonstrada nas planilhas e demonstrativos que instruem o lançamento a origem das receitas tributadas, documentalmente comprovadas nos autos por meio dos registros contábeis da empresa, não tendo o auto de infração sido lavrado com base em presunção, como alegado.

Vê-se, portanto, que estão perfeitamente atendidos os requisitos especificados pelo artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, que rege o procedimento administrativo fiscal no âmbito da RFB, não havendo que se falar em nulidade.

Além disso, caso a recorrente entendesse pertinente a análise de documentação adicional, caberia à empresa anexar tais provas às manifestações apresentadas,

conforme prevê o artigo 16-III do Decreto nº 70.235/72. No entanto, como se verifica, a autuada não juntou às suas manifestações documentação contábil ou fiscal capaz de questionar a apuração feita pela autoridade fiscal.

Por fim, resta observar que a autuada parece ser referir a autuação diversa da presente, visto que menciona a apuração de omissão de receitas, o que não se aplica à autuação em tela, decorrente da apuração de divergência entre os valores da contribuição declarados/pagos e os escriturados, mas àquela referente ao IRPJ, à CSLL e contribuições decorrentes, referindo-se a documentação de fls. 357 a 362 a tal alegação.

- DA TAXA SELIC

Em seguida, a autuada contesta a aplicação da taxa Selic ao presente crédito, em razão de alegada inconstitucionalidade e ilegalidade, por ofensa aos artigos 161 do Código Tributário Nacional - CTN e 48-I, 150-I da Constituição.

Quanto às questões relativas à inconstitucionalidade ou ilegalidade da previsão legal para aplicação da taxa Selic, estas não são oponíveis na esfera administrativa de julgamento, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância, não dispondo esta de competência legal para examinar hipóteses de violação à Constituição, ou a outro dispositivo legal, relativas às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação dessas questões acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos de validade das normas jurídicas deve ser submetida àquele Poder. Portanto, é inócuo suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois ao julgador é vedado desrespeitar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional. Tal limitação decorre da disposição expressa do parágrafo único do artigo 142 do CTN, que determina que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, bem como do princípio da legalidade, pelo qual devem se pautar todos os atos da Administração Pública.

O entendimento acima foi objeto das súmulas nºs 2 e 3 do Segundo Conselho de Contribuintes.

Verificada a falta de recolhimento da contribuição devida em ato de ofício, e não havendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito, não existe outro procedimento possível à autoridade fiscalizadora senão constituir o crédito tributário com todos os acréscimos legais cabíveis, juros de mora e multa de ofício, com base na legislação aplicável, devidamente citada na autuação.

Assim, não cabe a apreciação das questões suscitadas, relativas à constitucionalidade/legalidade da aplicação da taxa Selic, por não se incluir tal matéria na competência do julgador administrativo.

Além disso, o artigo 161, § 1º, do CTN, dispõe que:

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação

de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Pelo texto acima, conclui-se que o citado dispositivo não limita a taxa de juros de mora em um por cento ao mês, mas apenas fixa este percentual quando não houver lei determinando de maneira diversa.

No caso em análise, os artigos 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, dispõem que os juros de mora aplicáveis aos créditos tributários são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

• DAS ALEGAÇÕES DE MÉRITO

Quanto ao mérito do lançamento, a recorrente traz diversas alegações relativas a omissão de receitas, ausência de adição ao lucro líquido e valores lançados em duplicidade.

Tais alegações, por certo, se referem a lançamentos diversos do presente, relativos à apuração do IRRF, do IRPJ, da CSLL e das contribuições decorrentes (PIS e Cofins), conforme cópias às fls. 270 a 320, não se aplicando ao auto de infração em análise, este decorrente de mera diferença entre os valores de Cofins apurados pela Fiscalização, com base na escrituração contábil e fiscal, e aqueles recolhidos pela empresa, e não nas razões de mérito trazidas no recurso.

Desta forma, não cabe a apreciação de tais alegações, visto que não se referem ao lançamento em análise.

• DAS RECEITAS TRIBUTADAS NO LANÇAMENTO

Apesar de não se tratar de questão levantada no recurso voluntário apresentado, faz-se necessário analisar a natureza das receitas tributadas no presente lançamento.

Sobre a base de cálculo da Cofins, dispõe a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

Posteriormente, a definição da referida base de cálculo foi alterada pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, nos seguintes termos:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º 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.

(...)

Como se vê, a Lei nº 9.718/98 alterou a base de cálculo da Cofins, nela incluindo, além das receitas provenientes da venda de bens e da prestação de serviços, também as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, em sua totalidade, com as exclusões nela previstas.

Relativamente a todos os períodos objeto do lançamento não alcançados pela decadência, a norma aplicável à apuração da Cofins – Lei nº 9.718/98 – previa a tributação da totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme acima transcrito. Dessa forma, a tributação das receitas financeiras, bem como daquelas não incluídas na definição da norma original – LC nº 70/91 –, somente passou a ter fundamento legal a partir da edição daquela Lei, nos termos de seu artigo 3º.

No entanto, no julgamento dos RE nºs 390.840, 346.084, 358.273 e 357.950, o STF considerou inconstitucional a alteração trazida pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, relativamente à definição da base de cálculo das contribuições, mantendo-se, portanto, para este fim, o texto das normas anteriormente aplicáveis (no caso da Cofins, a LC nº 70/91). Abaixo, transcrevem-se as respectivas ementas:

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. (Grifou-se)

Sobre tal questão, aquele Tribunal, em decisão recente, manifestou-se no seguinte sentido:

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008. (Grifou-se)

DJE nº 119, divulgado em 26/06/2009

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Acerca da aplicação, no âmbito administrativo, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, dispõe o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, 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:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

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.

No mesmo sentido, estabelece o artigo 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que:

“Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

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

(...)”

Também o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o procedimento administrativo fiscal no âmbito da RFB, recentemente alterado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, determina que:

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.

(...)

§ 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;

(...)

Analisando-se as decisões acima transcritas, proferidas pelo plenário do STF, conclui-se, sem a menor dúvida, que o entendimento fixado no julgamento dos RE nºs 390.840, 346.084, 358.273 e 357.950, relativamente à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins) definido pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, encontra-se pacificado naquela Corte, reconhecendo o Tribunal tratar-se de matéria de repercussão geral, e reafirmando expressamente a jurisprudência acerca da questão, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante. O entendimento manifestado pelo STF autoriza, inclusive, a sua adoção pelos tribunais inferiores, retratando-se ou declarando prejudicados os recursos pendentes relativos à mesma matéria, nos termos da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

Desta forma, entendo não mais haver dúvida em relação à definitividade do entendimento da Corte Suprema acerca do tema, independentemente de súmula vinculante, cuja edição, aliás, é questão apenas de tempo. Em consequência, resta atingido o objetivo pretendido no texto das normas acima transcritas, ou seja, a não aplicação, pelo julgador administrativo, de dispositivo legal declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva

do STF, resguardando a Fazenda Nacional de futuros prejuízos quando da fase de execução fiscal do crédito tributário.

Destaque-se, ainda, que a não aplicação da norma declarada inconstitucional nada mais é do que a efetivação do princípio da legalidade, basilar no âmbito administrativo e tributário, não se podendo admitir a manutenção de exigência fiscal fundada em dispositivo sabidamente inconstitucional.

Observe-se, por fim, que, em consonância com o entendimento pacificado no âmbito do Poder Judiciário, foi editada a já citada Lei nº 11.941/2009, revogando expressamente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98:

Art. 79. Ficam revogados:

(...)

XII – o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998;

(...)

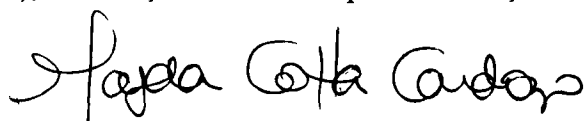
Por todo o acima exposto, entendo não mais ser passível de tributação a receita auferida pela pessoa jurídica que não seja decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, em razão das decisões proferidas pelo STF relativas à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, nos termos da legislação acima transcrita.

No presente caso, vê-se que foram tributadas as receitas assim enumeradas pela autoridade fiscal: receitas de vendas, outras receitas, bonificações recebidas, receitas de aplicações financeiras, descontos obtidos, juros recebidos, variações monetárias ativas, venda de mercadoria bonificada, material promocional recebido, ressarcimentos diversos, receitas diversas (fls. 216 a 227).

Assim, faz-se necessário excluir do presente lançamento as receitas não alcançadas pela definição contida na LC nº 70/91: receitas financeiras (descontos obtidos, juros recebidos, variações monetárias ativas, receitas de aplicações financeiras) e demais receitas operacionais (outras receitas, bonificações recebidas, material promocional recebido, ressarcimentos diversos, receitas diversas), aplicando-se, ainda, as exclusões cabíveis.

Por todo o exposto acima, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir do lançamento:

- Integralmente, o crédito tributário relativo aos períodos de janeiro e fevereiro de 1999, em razão da decadência;
- As receitas financeiras (descontos obtidos, juros recebidos, variações monetárias ativas, receitas de aplicações financeiras) e demais receitas operacionais (outras receitas, bonificações recebidas, material promocional recebido, ressarcimentos diversos, receitas diversas), em relação aos demais períodos lançados.


MAGDA COTTA CARDOZO