

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

Processo nº 11516.002385/2004-98
Recurso nº 153.789 Voluntário
Acórdão nº 2102-00.170 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2009
Matéria Cofins
Recorrente AGROAVÍCOLA VÊNETO LTDA.
Recorrida DRJ no RIO DE JANEIRO I - RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

Ação proposta pela contribuinte com o mesmo objeto implica a renúncia à esfera administrativa, a teor do ADN Cosit nº 03/96, ocasionando que o recurso não seja conhecido nesta parte.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

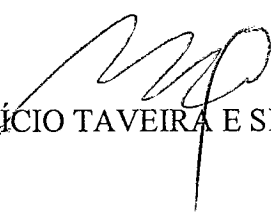
Decisão plenária definitiva do STF que tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 deve ser estendida aos julgamentos efetuados por este Conselho, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas de crédito presumido de IPI, vez que não decorrem de faturamento.

Recurso Voluntário Provido

Vistos relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA da PRIMEIRA CÂMARA da SEGUNDA SEÇÃO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, na parte da matéria submetida ao judiciário em razão da opção pela via judicial e nas matérias restantes por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabíola Cassiano Keramidas, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

AGROAVÍCOLA VÊNETO LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 174/199, contra o Acórdão nº 12-17.216, de 28/11/2007, prolatado pela 7ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ, DRJ/RJOI, fls. 167/173, que não conheceu da impugnação referente ao auto de infração de Cofins (fls. 126/129), decorrente de falta/insuficiência de recolhimento da Cofins, relativo a períodos compreendidos entre outubro de 2001 a janeiro de 2004, cuja ciência ocorreu em 28/09/2004 (fl. 127).

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 110/119, fora lavrado auto de infração pela não inclusão na base de cálculo da contribuição do valor referente ao crédito presumido do IPI para ressarcimento do PIS e da Cofins, sob a alegação de que seriam isentas. Contudo, as exclusões da receita bruta permitidas por lei estão relacionadas nos incisos I a IV do §2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e não se encontra o crédito presumido do IPI, previsto na Lei nº 9.363/96. O crédito presumido é uma receita operacional da empresa exportadora, representa ingresso novo de receita decorrente da exportação e não uma recuperação de valores indevidamente pagos ou reversão de provisões.

Irresignada com a autuação, em 27/10/2005, a contribuinte protocolizou impugnação de fls. 133/152, apresentando as seguintes alegações:

1. o lançamento decorre do fato de a fiscalização entender que ressarcimento do crédito presumido de IPI constitui receita tributável para fins de apuração da Cofins. Este tema é objeto do MS nº 2004.72.00.012890-9, que, à época da autuação, encontrava-se aguardando decisão singular.

2. o crédito presumido de IPI visa ressarcir as empresas produtoras e exportadoras de mercadorias da incidência do PIS e da Cofins incidente sobre as aquisições no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem utilizados no processo produtivo. Assim, consoante as Normas Técnicas de Contabilidade, o crédito presumido de IPI deve contabilizado em contas recuperadoras de custos, redutoras das respectivas contas dos custos das compras no mercado interno, de cujo ressarcimento decorre, não se enquadrando, portanto, na definição de receita.

3. o art. 2º do ADI SRF nº 25/03 registra a não incidência dessas contribuições sobre os valores recuperados a título de tributo pago indevidamente, situação análoga a da contribuinte considerando-se tratar de recuperação de custo ou de despesa;



4. ainda que o crédito presumido de IPI fosse considerado receita seria imune, em face do que dispõe a EC nº 33/01, que alterou o artigo 149 do CF/88. Com base nas alterações introduzidas pela EC nº 20/98, a Lei nº 9.718/98 ampliou a base de cálculo da contribuição. Com as alterações da precitada lei pela MP nº 2.158-35/2001, houve a isenção da Cofins das receitas da exportação de mercadorias ao exterior. Posteriormente, com a EC nº 33/01, as contribuições sociais passaram a não incidir sobre as receitas decorrentes de exportação. Assim, todas as receitas derivadas da exportação passaram a ficar imunes à tributação por tais contribuições.

5. a Lei nº 10.627/2002 disciplinou o aproveitamento do crédito presumido de IPI. Entretanto, este dispositivo foi revogado pela Lei nº 10.833/03, deixando, a partir de sua vigência, as pessoas jurídicas sujeitas à apuração não-cumulativa do PIS e da Cofins a fazerem jus ao crédito presumido de IPI.

6. a Lei nº 10.833/03 restringiu-lhe o conteúdo, somente tratando como imune as receitas decorrentes das operações de exportação para o exterior, ou seja, como já era no passado. É, contudo, e sem dúvida, ingresso decorrente de exportação, pelo que está abrangida pela não incidência da Cofins, em face da EC nº 33/01. Desse modo, as normas disciplinadoras da contribuição à Cofins tornaram-se incompatíveis com a norma constitucional introduzida pela EC nº 33/01. Destarte, os dispositivos legais disciplinadores da Cofins não podem prevalecer, porque, chocando-se com a EC nº 33/01, norma de hierarquia superior, foram por esta revogados e, assim, não vigem mais. Portanto, é improcedente o lançamento.

A DRJ houve por bem “DEIXAR DE CONHECER DA IMPUGNAÇÃO e DECLARAR DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO devendo ser mantida a cobrança da COFINS, no valor de R\$ 382.793,36, acrescido de juros de mora e multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.”

O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

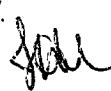
Ementa:

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. RECUPERAÇÃO DE CUSTOS. NÃO INCIDÊNCIA DA COFINS.

A propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda, tendo por objeto a mesma matéria discutida na impugnação, implica renúncia à instância administrativa. (Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/1996).

ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE

A discussão sobre legalidade ou constitucionalidade das leis é matéria reservada ao Poder Judiciário. À autoridade administrativa compete constituir o crédito tributário pelo lançamento, sendo este vinculado e obrigatório sob pena de responsabilidade funcional.



CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. BASE DE CÁLCULO.

A partir de 1º de fevereiro de 1999, os valores do crédito presumido do IPI instituído pela Lei nº 9.363, de 1996, os quais se caracterizam como receitas operacionais, integram a base de cálculo da COFINS.

Impugnação não Conhecida

Inconformada, a contribuinte protocolizou, tempestivamente, em 01/02/2008, recurso voluntário de fls. 174/199, aduzindo que, apesar de deixar de conhecer da impugnação e declarar definitivamente constituído o crédito tributário, a turma julgadora adentrou no mérito do recurso apresentado. Se não fosse adentrado ao mérito e apenas não conhecida a impugnação, o efeito seria o mesmo. Assim, de modo a não ferir o direito à ampla defesa, o recurso deve ser apreciado e reformada a decisão *a quo*. No mérito, a recorrente aduz as mesmas questões anteriormente apresentadas.

Por fim, requer o cancelamento do auto de infração, dada sua total improcedência.

É o relatório.

Voto

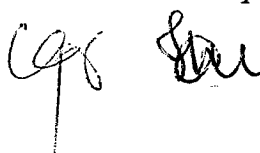
Conselheiro MAURICIO TAVEIRA E SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

Conforme relatado, a contribuinte impetrou o MS nº 2004.72.00.012890-9, que, à época do lançamento, encontrava-se aguardando decisão singular, uma vez que a liminar não fora deferida. Assim, correto o procedimento do fisco em promover o lançamento com a multa de ofício, uma vez que a exclusão da penalidade só seria possível caso a suspensão da exigibilidade do débito tivesse ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

A contribuinte se insurge contra o auto de infração lavrado em virtude da não inclusão na base de cálculo da contribuição do valor do ressarcimento do crédito presumido de IPI, instituído pela Lei nº 9.363/96. Em seu entendimento, esse ressarcimento tem natureza de recuperação de custo. Ademais, ainda que o crédito presumido fosse considerado receita, esta se caracteriza como receita da exportação e como tal, imune do PIS e da Cofins, pois, com a EC nº 33/01, as contribuições sociais passaram a não incidir sobre as receitas decorrentes de exportação. Assim, todas as receitas derivadas da exportação passaram a ficar imunes à tributação por tais contribuições.

O argumento aduzido pela recorrente é o mesmo que apresentou ao judiciário em sua petição inicial (fls. 67/79), em cujo pedido registra: "*d) Requer, finalmente, que após o processamento legal seja concedida definitivamente a segurança para garantir à Impetrante o direito líquido e certo de fazer não incidir a (sic) Contribuições ao PIS e a COFINS sobre os Créditos Presumidos de IPI Exportação, estes decorrentes de aquisições de insumos para produção de produtos a serem exportados.*"



Disciplinando a questão, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, por meio do Ato Declaratório Normativo nº 3, de 14 de dezembro de 1996, determinou que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, decidindo-se pela definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida. Transcreve-se, a seguir, o referido ato declaratório, “*in verbis*”:

“a) a propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que relaciona à matéria diferenciada (v. g., aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc);

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição da contribuinte, proferindo decisão formal da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN);

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança) do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN);

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).”

Portanto, quanto à matéria objeto de ação judicial, não há reparos a fazer à decisão recorrida. Contudo, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada. Nesse diapasão, embora a interessada não tenha arguido acerca da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF, entendo que a questão deva ser apreciada sob esta ótica. De se registrar que a contribuinte apresenta uma determinada base legal para fundamentar o seu direito. Todavia, no Direito brasileiro, o interessado se defende dos fatos, não havendo relevância na qualificação jurídica, uma vez que esta não integra a causa de pedir, consoante os ensinamentos do processualista Alexandre Freitas Câmara¹.

Assim, às partes cabe alegar e fornecer a prova dos fatos. Ao julgador, conhecedor do direito que é, cabe decidir sobre os fatos, consoante as normas aplicáveis, ou seja, decidir com base na subsunção do fato à norma. Nessa toada dispõem os velhos brocardos latinos: dá-me o fato e te darei o direito e, ainda, o juiz conhece a lei.

¹ Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, 6ª edição, Ed. Lumen Juris, 2001, p. 203

Portanto, passa-se a análise da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF e seu reflexo nos presentes autos. Em que pese a incompetência deste Conselho para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária, com supedâneo na autorização contida no art. 77 da Lei nº 9.430/96 e art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, assim dispõe o art. 49, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/07:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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;

(...)

Nesse diapasão, em julgamento realizado em 09/11/2005, pelo Pleno do STF nos RE nºs 357.950 e 358.273, o § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, foi objeto de acórdão cuja publicação ocorreu em 15/08/2006 e o trânsito em julgado em 05/09/2006. O acórdão e a ementa registram o seguinte teor:

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluzo e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.

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

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998

Sou *CP*

*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. (grifei)***

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. (grifei)

Tendo em vista o STF já haver se pronunciado definitivamente através de seu Pleno acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com fulcro no art. 49, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/07, há que se reconhecer o direito de a contribuinte ter excluído do presente lançamento a exigência decorrente de receitas estranhas ao faturamento.

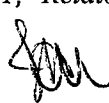
Ademais, nesse sentido vem decidindo este Conselho, conforme demonstram as ementas que, parcialmente, se traz à colação:

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre outras receitas, inclusive o recebimento de crédito presumido de IPI. .” (Acórdão 201-80964; Recurso 139359; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 12/03/08).

COFINS. LEI Nº 9.718. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LANÇAMENTO. SUBTRAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.

Declarada a inconstitucionalidade de lei pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o lançamento efetuado com base na lei inconstitucional deve ser ajustado à legislação vigente. (Acórdão 201-81027; Recurso 140171; Relator José Antonio Francisco; Data da Sessão 14/03/08).



*INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO
STF. APLICAÇÃO.*

Tendo o STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pode o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre receitas financeiras. Recurso provido. (Acórdão 201-80474; Recurso 137543; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 14/08/07).

Desse modo, ainda que este argumento não tenha sido aduzido pela recorrente, com base nas considerações já registradas e, ainda, com supedâneo no princípio que veda o enriquecimento sem causa, entendo que este Conselho deva se manifestar no presente caso, de modo a reconhecer a improcedência do lançamento, uma vez que decorre do alargamento da base de cálculo da exação, em virtude do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo Pleno do STF.

De se ressaltar que, embora a contribuinte mencione a Lei nº 10.833/03, todos os períodos lançados são de Cofins incidência cumulativa, com base na Lei nº 9.718/98.

Isto posto, voto no sentido de **não conhecer do recurso** quanto à matéria submetida ao judiciário e quanto ao restante, de **dar provimento** ao recurso voluntário para cancelar o auto de infração.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2009.


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA

