



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

Processo nº 13819.003103/2002-29
Recurso nº 236.687 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.533 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2010
Matéria COFINS
Recorrente MAGENTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/1997 a 31/05/2001

COFINS. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8.

Editada a súmula vinculante nº 8 pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo aplicável à Fazenda para providenciar a constituição do crédito tributário passa a ser 05 (cinco) anos, nos moldes do Código Tributário Nacional.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO.

A aplicação da multa de ofício e dos juros moratórios à taxa selic encontra amparo na legislação ordinária, falecendo competência a este Conselho Administrativo para examinar aventada onerosidade e/ou constitucionalidade/legalidade destes consectários.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/1997 a 31/05/2001

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se manifestar acerca de inconstitucionalidade de normas, havendo expressa vedação legal neste sentido conforme art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação alterada pela Lei nº 11.941/09.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/1997 a 31/05/2001

COFINS. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

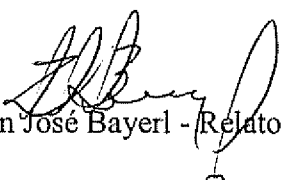
Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, mantida a majoração da alíquota desta última, o que, nos termos do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, permite a este Conselho Administrativo aplicar tal entendimento.

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 para: I – excluir do lançamento os fatos geradores ocorridos até junho de 1997, inclusive, em razão da decadência; e II – excluir das bases de cálculo da contribuição as “outras” receitas constantes do demonstrativo de fl. 244.


Antonio Carlos Atulim – Presidente


Robson José Bayerl – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata-se de auto de infração de Cofins, período janeiro/1997 a dezembro/2000 e maio/2001, lavrado para constituição de diferenças entre os valores declarados/pagos e aqueles constantes da escrituração contábil e fiscal, apuradas em procedimento de verificações obrigatórias.

Houve ciência pessoal do auto de infração em 31/07/2002.

Em 02/09/2002 foi lavrado termo de perempção.

Em 06/11/2002 o contribuinte, por intermédio de seus patronos, aviou petição onde afirmava haver apresentado tempestiva impugnação e, mesmo não sendo intimado da decisão administrativa proferida, foram-lhe exigidos os débitos constantes do auto de infração, o que seria incabível, pugnando pela suspensão de sua exigibilidade nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Nesta peça o contribuinte junta cópia da impugnação onde ressalta, preliminarmente, o cerceamento do direito de defesa e a decadência do lançamento para o período janeiro/97 a junho/97; aponta a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91,

por cuidar de tributo não arrolado na competência da União, cobrado de forma cumulativa e ter a mesma base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep; registra, também, a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, promovida pela Lei nº 9.718/98; bem assim, a inconstitucionalidade/ilegalidade da multa de ofício no percentual de 75 % (setenta e cinco por cento) e juros moratórios à taxa selic.

A DRJ Campinas/SP reputou o lançamento procedente em acórdão assim ementado:

*“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2000, 01/05/2001 a 31/05/2001*

Ementa: DECADÊNCIA. O prazo decadencial da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins é de dez anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido constituído, entendimento esse consolidado no art. 95 do Regulamento do PIS/Pasep e da Cofins, Decreto nº 4.524, de 2002.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO. É a atividade onde se examina a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco, sem perscrutar da legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos daqueles atos.”

Em recurso voluntário o contribuinte, *mutatis mutandi*, repete a argumentação deduzida em sede impugnatória, com ênfase no cerceamento do direito de defesa, sustentando que as autoridades lançadoras somente disponibilizaram documentos necessários à defesa 02 (dois) dias antes do término do prazo para apresentação da impugnação, o que em muito prejudicou o exercício do contraditório.

A então Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes acatou o recurso e anulou a decisão de primeira instância por preterição ao direito de defesa.

A Unidade preparadora promoveu a ciência do acórdão ao contribuinte e lhe franqueou prazo para interposição de nova impugnação.

Nesta oportunidade o contribuinte renovou as alegações de vício material e formal, decadência e inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, da Lei nº 9.718/98, da multa de ofício e da utilização da taxa selic para atualização de créditos tributários.

A DRJ Campinas/SP reproduz o teor do voto anteriormente proferido julgando o lançamento procedente.

Em recurso voluntário o contribuinte sustenta nulidade do lançamento por vício de objeto e de forma, por incluir fatos geradores alcançados pela decadência e por inobservância ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72; decadência parcial do lançamento (01/97 a 06/97); inconstitucionalidades na LC 70/91, Lei nº 9.718/98, na aplicação da multa de ofício e nos juros de mora cobrados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário interposto é tempestivo e atende os demais requisitos exigidos para sua admissibilidade, logo, dele conheço.

Preliminarmente, cumpre refutar a existência de vício que invalide o lançamento, que, segundo o recorrente, se verificaria por albergar período de apuração já colhido pela decadência e por ofensa ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

Invertendo o exame, quanto a este último argumento, distintamente do que se alega, o Termo de Verificação Fiscal foi muito bem elaborado, deixando claro que as diferenças de Cofins foram apuradas a partir de dados fornecidos pelo próprio recorrente e ajustados pela fiscalização com base em sua escrituração contábil e fiscal, tudo devidamente discriminado em planilhas demonstrativas confeccionadas; no que tange à decadência, plenamente justificável a postura das autoridades lançadoras, eis que, até o advento da súmula vinculante nº 8, o prazo de que dispunha a Fazenda Nacional era de 10 (dez) anos, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Ou seja, o lançamento do ponto de vista formal é hígido.

Ainda em sede preambular, respeitante à decadência dos fatos geradores ocorridos entre janeiro/97 e junho/97, inclusive, assiste razão ao recorrente.

Como já aventado, a Fazenda Nacional, com espeque no predito art. 45 da Lei nº 8.212/91, detinha a prerrogativa de constituir créditos tributários atinentes a contribuições sociais para a seguridade social em prazo decenal, todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tal dispositivo e editou a súmula vinculante nº 8, cujo verbete dispõe: *"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"*.

Uma vez que tal ato produz efeitos imediatos sobre os processos administrativos não definitivamente julgados e, ainda, o disposto no art. 103-A, *caput*, da CF/88, que impõe a vinculação, desde a publicação da súmula, dos órgãos da administração pública federal, imediatamente prevalecem os prazos estabelecidos no Código Tributário Nacional, mormente o art. 150, § 4º, que trata dos denominados "lançamentos por homologação".

No caso dos autos, tendo em vista o transcurso de período superior ao lustro previsto no aludido dispositivo, desde a data da ocorrência dos fatos jurídicos tributários até a ciência da autuação, ocorrida em 31/07/2002, e ainda a existência de recolhimentos no período envolvido, indisputável reconhecer que os fatos ocorridos no interstício entre janeiro/1997 a junho/1997, inclusive, foram alcançados pela decadência.

Ultrapassadas as preliminares argüidas e remanescendo crédito tributário, passo ao exame de mérito.

Neste ponto, tendo em conta que o fundamento principal do recurso é a inconstitucionalidade de normas legais, quero de antemão registrar que é entendimento assente neste Conselho Administrativo, inclusive com edição de súmula de jurisprudência, que às instâncias administrativas não compete se manifestar sobre o assunto, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição.

A súmula CARF nº 2 assim dispõe: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*

Esta circunstância ficou ainda mais evidente com a edição da Lei nº 11.941/09, que, alterando o Decreto nº 70.235/72, incluiu o art. 26-A, cuja redação é a seguinte:

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 (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Com isso, não serão conhecidos os argumentos dessa ordem que não se enquadrem nas ressalvas previstas no parágrafo sexto susotranscrito, o que engloba as alegações relativas à Lei Complementar nº 70/91, à multa de ofício lançada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), cuja previsão está inserta no art. 44 da Lei nº 9.430/96, e da aplicação da taxa selic como multa de mora, estatuída no art. 61 do mesmo diploma (Lei nº 9.430/96), todas normas válidas e, a seu tempo, vigentes e que não foram objeto de declaração

de inconstitucionalidade em controle concentrado e tampouco suspensa a execução por resolução do Senado Federal, de modo que devem ser observadas pelas autoridades administrativas, inclusive as de julgamento.

Entretanto, a exceção indicada açambarca a ampliação da base de cálculo da Cofins, pela nova conceituação de faturamento promovida pela Lei nº 9.718/98, em cujos termos corresponderia à receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do assunto e concluiu pela inconstitucionalidade da aludida definição, em manifestação que reproduz¹:

*BASE DE CÁLCULO DA COFINS E
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI
9.718/98*

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.

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

Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se, no entanto, de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde se vislumbra definitividade deste posicionamento, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Ressalto, no entanto, pelos próprios termos da manifestação do Supremo Tribunal Federal, que a majoração de alíquota prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/98, por seu turno, foi considerada constitucional, devendo a posição adotada na predita repercussão geral ser aplicada na íntegra.

Como se verifica, a situação dos autos se emoldura à hipótese do inciso I, § 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72.

Neste diapasão, revendo os demonstrativos elaborados pela fiscalização, encontram-se componentes da base de cálculo utilizados que não correspondem à receita da venda de bens e prestação de serviços, devendo ser expurgados do cálculo, quais sejam, as contas "Juros/Receitas Financeiras" (cód. 628-8), "Descontos/Receitas Financeiras" (cód. 629-6), "Recuperação de Despesas/Receitas Financeiras" (cód. 630-4), "Variações Cambiais

¹ Página virtual do STF: www.stf.jus.br. Repercussão Geral. Matéria com mérito julgado. Consulta realizada em 23/11/2009.

Ativas/Receitas Financeiras” (cód. 631-2) e “Dividendos/Receitas não Operacionais” (cód. 638-7), conforme planilha demonstrativa de fl. 244.

Pelo exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto para reconhecer a decadência dos fatos geradores de janeiro/1997 a junho/1997, inclusive, e excluir da base de cálculo da contribuição social as receitas constantes do demonstrativo de fl. 244.



Robson José Bayer

