



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

Processo n° 13839.000468/2005-14
Recurso n° 177.374 Voluntário
Acórdão n° **3202-00.330 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 7 de julho de 2011
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente GRAMMER DO BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/2004

NORMAS PROCESSUAIS. DISCUSSÃO JUDICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF Nº 1. Aplicada a Súmula CARF nº 1 “Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial” já que as matérias objeto do litígio administrativo e judicial são idênticas.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário em razão de concomitância com a ação judicial, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. O Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior declarou-se impedido.

Jose Luiz Novo Rossari - Presidente.

Mara Cristina Sifuentes - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jose Luiz Novo Rossari, Mara Cristina Sifuentes, Irene Souza da Trindade Torres, Gilberto de Castro Moreira Junior, Rodrigo Cardozo Miranda e Wilson Sampaio Sahade Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 3ª Turma da DRJ Campinas - SP, a qual, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos do Acórdão nº 05-23.587, proferido em 6 de outubro de 2008.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório objeto da decisão recorrida, a seguir transcrito na sua integralidade:

Trata-se de impugnação a exigência fiscal relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, formalizada no auto de infração de fls. 47/63. O feito, referente a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 1999 e maio de 2004, constituiu crédito tributário no total de R\$ 267.799,21, somados o principal e juros de mora. Não houve imposição de multa de ofício.

No corpo do auto de infração (fl. 60), a autoridade autuante informa que o lançamento foi motivado pela constatação de falta de recolhimento da contribuição incidente sobre o valor das "Outras Receitas Operacionais e Financeiras" que deixaram de integrar a base de cálculo dos valores devidos ao Cofins (...) amparada por medida judicial decorrente do Processo nº 1999.61.05.009778-4, que originou o PAF nº 13839.001.582/99-53.

Acrescenta o autuante que a empresa também se valeu de medida judicial coletiva, promovida pela CIESP (...), *através do processo nº 2004.61.00.0060258 da 6ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, afim de não integrar esses valores em sua base de cálculo. A constituição do crédito tributário é feita afim de preservar o interesse da Fazenda Nacional, cuja exigibilidade fica suspensa até o trânsito em julgado das referidas ações.*

Cientificada da exigência em 14/03/2005, em 12/04/2005 a autuada interpôs a impugnação de fls. 66/96 em que alega em síntese que:

1. o auto de infração não merece prosperar pois, como anotado pela fiscalização, o procedimento da contribuinte está amparado por decisões judiciais, as quais cita;

2. nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional, à data da lavratura do auto de infração, estaria expirado o direito de a Fazenda Pública promover a constituição do crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram no intervalo de janeiro de 1999 a fevereiro de 2000, pelo transcurso do prazo de cinco anos contados dos fatos geradores;

3. a Lei nº 9.718, de 1998 é inconstitucional por invadir competência reservada à Lei Complementar, ao modificar o disposto na LC nº 70, de 1991;

4. é inconstitucional o alargamento da base de cálculo da contribuição introduzida pelo art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998; bem como a definição de faturamento veiculado na Lei nº 10.637, de 2002.

A DRJ assim se manifestou no acórdão recorrido:

O lançamento é válido, apesar da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade da cobrança da contribuição, e foi efetuado sem a imposição da multa de ofício;

A Decadência operou-se para o período de apuração de janeiro de 1999 a fevereiro de 2000, pela aplicação da Súmula Vinculante STF nº 8 e o Parecer PGFN/CAT/ nº 1617/2008;

A matéria de mérito é objeto de discussão judicial ações nº 1999.61.05.009778-4 e nº 2004.61.00.0060258, e a teor da Lei nº 6830/1980, art. 38, parágrafo único e o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, alíneas “a” e “c”, a autoridade administrativa não deve tomar conhecimento de matéria suscitada em impugnação com mesmo objeto de matéria submetida a pedido de prestação jurisdicional.

A recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 168 e sgs, onde preliminarmente argumenta não ter havido renúncia a esfera administrativa já que o ajuizamento da ação judicial ocorreu anteriormente ao lançamento. Traz a colação acórdãos do CARF para embasar sua teoria. No mérito argumenta que, nos moldes do Mandado de Segurança Preventivo impetrado, objetiva ver reconhecido seu direito a recolher o PIS nos termos da LC nº 7/70, afastando a Lei nº 9718/98, utilizando como base de cálculo o faturamento, e não como previa a Lei nº 9718/98, que designou que deve ser considerado como faturamento a receita bruta da pessoa jurídica. E continua informando que o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 9718/98 que instituiu nova base de cálculo para o PIS e COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mara Cristina Sifuentes, Relatora.

O recurso é tempestivo preenchendo os requisitos constantes do art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Da concomitância com processo judicial.

O processo se refere a fatos geradores ocorridos em 01/01/1999 a 31/05/2004, sendo que para o período de janeiro de 1999 a fevereiro de 2000 operou-se a decadência, reconhecida no acórdão recorrido. O litígio trazido a discussão em recurso voluntário restringe-se ao período de março de 2000 a maio de 2004 e tem como objeto a cobrança da COFINS nos termos das Lei Complementar nº 70/91, ou seja, tendo o faturamento como base de cálculo.

O procedimento fiscal teve início em 09-10-2003 data da ciência do contribuinte, fl. 2, e a ciência do auto de infração ocorreu em 14-03-2005, fl. 59.

Antes do início da ação fiscal, em 22-07-1999, a recorrente ajuizou Mandado de Segurança Preventivo nº 1999.61.05.009778-4, na Justiça Federal de São Paulo – SP, pleiteando reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 3º, 8º e 17 da Lei nº 9.718/98, e liminarmente pedindo a suspensão da exigibilidade da cobrança do PIS e da COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, mantendo-se a cobrança dessas contribuições nos termos das Leis Complementares nos 7/70 e 70/91, ou seja, sendo o faturamento a base de cálculo de ambas as contribuições e para que a cobrança da COFINS permaneça a alíquota de 2%, até a decisão definitiva, fls. 6 e sgs.

Em 11-11-1999, fls. 29 e sgs., foi concedida a segurança parcialmente para autorizar o recolhimento da COFINS e do PIS nos termos das Leis Complementares nos 7/70 e 70/91, e o recolhimento do COFINS a alíquota de 3%.

A recorrente também cita ser parte no Processo Judicial nº 2004.61.00.0060258, impetrado pelo Centro das Indústrias do Estado de São Paulo - CIESP, na qualidade de órgão de classe, em 04-03-2004, sobre a mesma matéria.

A recorrente solicita a análise do mérito do seu Recurso Voluntário alegando que não houve renúncia à instância administrativa, já que a busca da tutela jurisdicional ocorreu anteriormente a qualquer procedimento fiscal, e na ocasião não se poderia falar em concomitância já que não havia procedimento administrativo em andamento.

Apesar dela apresentar acórdãos do CARF que abonam sua tese, este não é o entendimento pacificado nesta Corte Administrativa, que já se pronunciou sobre o assunto editando Súmula CARF nº 1:

***Súmula CARF nº 1:** Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

E segundo o Regimento Interno do CARF, Portaria MF nº 256/2009 e alterações posteriores:

art. 72 As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Ademais, a recorrente protocolou em 05-10-2010 requerimento, anexo aos autos, em que informa que o Processo Judicial nº 1999.61.05.009778-4 transitou em julgado em 22-07-2010, mantendo a decisão recorrida:

Decisão 3794/2010 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009778-27.1999.4.03.6105/SP 1999.61.05.009778-4/SP

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Grammer do Brasil Ltda., com pedido de liminar, contra ato do Delegado da Receita Federal em Jundiá.

Sustenta a impetrante que a Lei n. 9.718/1998, ao majorar a alíquota da COFINS e ampliar o conceito de faturamento, para efeito de incidência da COFINS e do PIS, incorreu em inconstitucionalidade, razão porque pleiteia a segurança para não se submeter à tributação nestes termos.

Valor da causa fixado em R\$ 5.000,00 para 22/7/1999.

Foi concedida a liminar apenas para autorizar a impetrante a promover o recolhimento da COFINS e do PIS com as bases de cálculo definidas nas Leis Complementares n. 70/1991 e 7/1970.

Contra a decisão, a impetrante interpôs agravo de instrumento, o qual teve seu seguimento negado (AI n. 1999.03.00.046141-0).

Sobreveio sentença que concedeu parcialmente a segurança, para autorizar a impetrante a recolher o PIS e a COFINS com as bases de cálculo constantes nas Leis

Complementares n. 70/1991 e 7/1970, bem como para que a autoridade coatora se abstenha de promover quaisquer atos punitivos em razão desse procedimento. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante, pleiteando a reforma da sentença no que diz respeito à majoração da alíquota da COFINS, operada pela Lei n. 9.718/1998, que entende inconstitucional. Subsidiariamente, alega que o mecanismo de compensação com a CSLL viola os princípios da isonomia, capacidade contributiva e da vedação de confisco.

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

No julgamento realizado em 18/2/2004, a Terceira Turma desta Corte, por unanimidade, negou provimento à apelação da impetrante e deu provimento à remessa oficial, para denegar a segurança.

Foram opostos embargos de declaração pela impetrante, os quais foram parcialmente acolhidos para integrar ao julgado os fundamentos dos acórdãos lavrados no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.61.00.019337-6 (fls. 178/286).

Em seguida, a impetrante interpôs recursos especial e extraordinário (fls. 290/308 e 311/331), a fim de ver reconhecida a ilegalidade e a inconstitucionalidade do alargamento das bases de cálculo do PIS e da COFINS, operado pela Lei n. 9.718/1998.

No exame de admissibilidade, foi admitido apenas o recurso extraordinário (fls. 359/361).

Contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, a impetrante interpôs agravo de instrumento, o qual foi provido para determinar a sua subida (fls. 378).

O Superior Tribunal de Justiça, por decisão monocrática do Ministro Relator, Francisco Falcão, deu provimento ao recurso especial da impetrante e determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento das demais questões articuladas na apelação.

Em seguida, o feito foi remetido ao Supremo Tribunal Federal (fls. 392) o qual determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem, em razão do reconhecimento da repercussão geral da matéria no AI 715.423, para que se proceda conforme dispõe o artigo 543-B e parágrafos, do Código de Processo Civil (fls. 416/417).

Devolvidos os autos à Vice-Presidência desta Corte, foi proferida a decisão de fls. 421/423, determinando a devolução dos autos à Turma Julgadora, para exercício do juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o acórdão recorrido diverge do entendimento da Suprema Corte no tocante à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, bem como sobre a constitucionalidade da majoração da alíquota do referido tributo.

Decido.

No tocante à ampliação da base de cálculo da COFINS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da inconstitucionalidade do §

1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, n. 390.840/MG, n. 358.273/RS e n. 346.084/PR.

A Terceira Turma desta Corte, por sua vez, alterou sua orientação, acompanhando os precedentes da Corte Guardiã da Constituição da República, que declararam a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da economia processual (AMS 1999.61.00.009852-5, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, j. 27/8/2009, DJF3 de 24/11/2009; AC 2000.61.00.038942-1, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, j. 24/1/2007, DJU de 28/2/2007).

Do mesmo modo, a Suprema Corte já se manifestou tanto pela constitucionalidade da majoração da alíquota da COFINS, realizada pela Lei n. 9.718/1998, como pela contagem do prazo nonagesimal a partir da publicação da medida provisória, e não da publicação da lei de sua conversão, como se depreende dos julgados que seguem:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. AUMENTO DE ALÍQUOTA. LEI 9.718/1998. ART. 8º. CONSTITUCIONALIDADE. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. CONTAGEM. INÍCIO. PUBLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.724/1998. É constitucional o art. 8º da Lei 9.718/1998, que aumentou a alíquota da Cofins. Precedentes da Corte, reafirmados por ocasião do julgamento do RE 527.602, rel. min. Eros Grau, red. p/ acórdão min. Marco Aurélio, Pleno. O prazo da anterioridade nonagesimal começa a ser contado da publicação da medida provisória que modificou a contribuição em análise, e não da publicação da lei que resultou da sua conversão. Precedentes de ambas as Turmas. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento." (RE 367935 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe de 19/11/2009, destaquei)

"TRIBUTÁRIO. ART. 8º E PARÁGRAFOS DA LEI N. 9.718/98. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (RE 393938 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 17/10/2006, DJ de 15/12/2006)

"Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. COFINS. Lei 9.718/98. RREE 336.134 e 357.950. 3. Apreciação e rejeição dos diversos argumentos de inconstitucionalidade em torno do art. 8º da Lei 9.718/98. 4. Observância à anterioridade nonagesimal. Medida provisória convertida em lei anteriormente à EC 32/01 sem alteração substancial. Contagem do prazo a partir da primeira edição da medida provisória. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 348772 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 9/5/2006, DJ de 9/6/2006, destaquei)

Ante o exposto, com esteio no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial e à apelação da impetrante, mantendo-se a sentença recorrida¹.

Também, em consulta ao sítio do TRF 3ª Região na internet, constatei que o Processo Judicial nº 2004.61.00.0060258, impetrado pelo CIESP, já foi julgado em 02-12-2010:

Acórdão 2888/2010 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006025-04.2004.4.03.6100/SP 2004.61.00.006025-8/SP

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. BASES DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. LEIS 10.637/02 E 10.833/03. EC Nº 20/98. FUNDAMENTO DE VALIDADE. MP'S Nº 66/02 E 135/03. VIOLAÇÃO AO ART. 246 CF E OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

1. A COFINS - Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social e a contribuição ao PIS - Programa de Integração Social, instituídas pelas Leis Complementares nºs 70/91 e 07/70, respectivamente, têm por base de cálculo o faturamento.

2. A Lei nº 9.718/98, ao alterar a sistemática de determinação do valor do PIS e da COFINS, definiu como faturamento a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, elevando a alíquota da COFINS para 3% (três por cento).

3. Inconstitucionalidade do art. 3.º, § 1.º, da Lei n.º 9.718/98, que trata da base de cálculo da COFINS, reconhecida pelo Pretório Excelso no julgamento do RE n.º 357950 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 15.08.2006).

4. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, posteriores à Emenda Constitucional nº 20/98, que modificou o art. 195, I, b, da Constituição Federal, para incluir a receita, juntamente com o faturamento, como possível base de cálculo das contribuições à Seguridade Social, não sofrem qualquer irregularidade do ponto de vista formal ou material.

5. Assim, a partir de 1º de dezembro de 2002, o PIS e, a partir de 1º de fevereiro de 2004, a COFINS passaram, validamente, a incidir sobre o faturamento mensal das pessoas jurídicas, assim entendido o total das receitas auferidas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

6. As Medidas Provisórias nºs 66/02 e 135/03, por sua vez, ao estabelecerem a sistemática do PIS e da Cofins não-cumulativos, mantendo o regime anterior para determinados contribuintes, não inovaram na regulamentação das bases de cálculo, nem tampouco da alíquota das contribuições sociais.

7. As referidas Medidas Provisórias, posteriormente convertidas nas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, a bem da verdade, apenas fixaram expressamente os limites objetivos para a distinção de bases de cálculo e alíquotas da Cofins em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra, já permitidas antes da edição da EC nº 20/98, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa ao art. 246 da CF.

8. O próprio art. 195, § 9º da Constituição Federal previu a possibilidade de alíquotas e bases de cálculo diferenciadas da exação, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva da mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

9. O princípio da isonomia para as contribuições para a seguridade social deve ser interpretado de forma sistemática de acordo com o art. 195, § 9º da Constituição Federal, que estabelece limites para a adoção de bases de cálculo e alíquotas diferenciadas, sem que sejam violados outros princípios igualmente consagrados ao contribuinte, como o da capacidade contributiva, da razoabilidade e do não-confisco.

10. Apelação improvida².

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe no seu art. 5º. inciso *XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, definindo no Brasil a unicidade da jurisdição e a definitividade das decisões judiciais.

Sendo assim, por ter o processo judicial transitado em julgado, ocorreu a perda de objeto para este processo administrativo, já que definitiva é a decisão judicial, sobrepondo qualquer argumentação no âmbito administrativo atinente à matéria.

Mais razão assiste para o não conhecimento do presente recurso voluntário.

Por conseguinte, em face de todo o exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER o recurso voluntário, por aplicação da Súmula nº 1 do CARF.

Mara Cristina Sifuentes

² Consulta ao sítio do TRF 3ª Região na internet em 03-07-2010.8/2011 por MARA CRISTINA SIFUENTES