



Processo nº	15956.000395/2008-94
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1002-002.155 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Turma Extraordinária
Sessão de	15 de julho de 2021
Recorrente	VALBLOCK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA MASSA FALIDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Data do fato gerador: 31/12/2003

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2).

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 - RICARF.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

Súmula CARF nº 108 (vinculante). "Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral e Lucas Issa Halah.

Relatório

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

Contra a empresa qualificada em epígrafe foi lavrado auto de infração de fls. 2/7 em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins do período de dezembro de 2003, exigindo-se-lhe o crédito tributário no valor total de R\$6.685,70.

Segundo Demonstrativo de Apuração de valores de fl. 5 e Termo de Encerramento de fls. 149/152, a contribuinte deixou de recolher a contribuição sobre receitas, correção monetária de aplicações, rendimentos de aplicações financeiras e receita de aluguéis, no total de R\$91.896,00.

O enquadramento legal encontra-se às fls. 4 e 7.

Cientificada, a interessada apresentou a impugnação de fls. 155/201, na qual suscitou a nulidade do procedimento, uma vez que não houve oportunidade de se manifestar "acerca dos extratos bancários obtidos ilicitamente pelo fisco, ou seja, após a quebra do sigilo", não sendo "respeitada a ampla defesa e o contraditório". Também não teria havido "a devida comprovação dos valores identificados nos extratos bancários com todos os valores lançados na contabilidade da empresa - livros Diário e Razão, o que seria fundamental para o correto deslindo do feito".

Discorreu sobre a obtenção ilícita de prova por ofensa ao princípio constitucional da proteção do sigilo, defendendo que sua quebra só pode ser promovida mediante ordem judicial.

Argumentou que foi adotada a presunção de omissão de receitas com base em extratos bancários, o que é arbitrário, inadmissível e ilegal, e que "os valores indicados em extrato bancário correspondem, sempre, à movimentação do dinheiro, e não à 'renda' efetivamente percebida". Transcreveu jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes e do STJ.

Aduziu que "*várias das movimentações financeiras decorrem de equívocos do lançamento fiscal, os quais, no entanto, estamos impossibilitados de demonstrar o contrário, já que, como alinhado em alegação de nulidade por cerceamento, não se encaminhou planilha discriminando os depósitos bancários - um a um - que foram utilizados para se tributar como omissão de receitas. Pelo valor global o impugnante não tem condições de justificá-los, principalmente, se o ônus da prova for seu. Resta impossível*".

Requeriu, alternativamente à declaração de nulidade, a realização de diligência para "*se discriminar tais depósitos e possibilitar, posteriormente, a apresentação, dentro de prazo razoável*", de suas justificativas.

Passou a tratar da ampliação da base de cálculo pela Lei n.º 9.718, de 1998, e sua inconstitucionalidade, o que já teria sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Refuto a "inclusão do ICMS na base de cálculo", também por falta de respaldo constitucional.

Por fim, suscitou inconstitucionalidades da utilização da taxa Selic como juros de mora e da exigência da multa de 75%, por ser confiscatória.

A DRJ julgou **parcialmente procedente** a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/12/2003

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as argüições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS NÃO OPERACIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A ampliação da base de cálculo das contribuições, promovida pela Lei n.º 9.718, deve ser afastada em razão do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do alargamento da base de cálculo da COFINS promovida pela lei 9718/1998, decidiram os julgadores da DRJ **manter o lançamento da COFINS apenas** sobre a receita omitida de R\$ 60.000,00, “referente ao TED recebido de terceiros, e sobre a receita de aluguéis no valor de R\$3.300,00, as quais não se enquadram entre aquelas objeto da inconstitucional ampliação, reduzindo a Cofins (3%) exigida para R\$1.899,00.”

E quanto à alegação da inclusão indevida do ICMS da base de cálculo da contribuição COFINS, observaram os julgadores que “não consta a incidência das contribuições sobre tal tributo estadual, pois a tributação se deu sobre receitas financeiras, de aluguel e sobre transferência bancária recebida, sendo irrelevante a discussão sobre o tema.” Grifei.

Por fim, afastou de apreciação todas as alegações de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação tributária.

Ciente da decisão de primeira instância em 13/09/2010 (e-fls. 216), o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário em 17/09/2010 (e-fls. 220), no qual repete o mesmo texto já apresentado na sua manifestação de inconformidade.

Ao final, pede a revisão do Acórdão da DRJ no sentido de que seja deferido seu pleito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

E mais especificamente quanto ao caso aqui analisado, ainda que se trate por se tratar de lançamento de COFINS, permanece a competência desta 1^a seção posto que o crédito foi constituído com base nos mesmos elementos de prova do lançamento sobre IRPJ, nos termos do artigo 2º do Anexo II do RICARF:

“Seção I Das Seções de Julgamento

Art. 2º À 1^a (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1^a (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

[...]

IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, **formalizados com base nos mesmos elementos de prova;** [\(Redação dada pelo\(a\) Portaria MF nº 152, de 03 de maio de 2016\)](#)

Demais disso, observo que o recurso e atende os outros requisitos de admissibilidade, mas, no entanto, dele conheço apenas parcialmente, pois a recorrente alega a constitucionalidade da legislação tributária, especificamente a que trata de sigilo bancário, repetindo o argumento apresentado perante a DRJ.

Tal ponto não será conhecido posto que não é de competência do CARF se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária, nos termos da sumula nº 02:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária”.

DO MÉRITO

A recorrente repete o mesmo texto que já havia sido apresentado perante a DRJ quando da interposição da Manifestação de Inconformidade nas e-fls. 158 à 204, com algumas pequenas alterações na diagramação e no destaque de algumas palavras.

Nos termos do artigo 56¹ do Decreto 70.235/1972, o Recurso Voluntário é cabível contra decisão da primeira instância. Logo, a decisão a ser atacada no Recurso Voluntário é o Acórdão da DRJ, não o Ato de exclusão do Simples.

E ao repetir o mesmo texto que já havia sido apresentado perante a DRJ, a recorrente não apresenta nenhum argumento tendente a reformar a decisão de primeiro grau.

O relator do Acórdão recorrido apresentou seus argumentos para afastar a preliminar de nulidade, bem como os motivos para deferir parcialmente o pleito, reduzindo o valor do crédito tributário para R\$1.899,00. Para tanto, fez referencias à dispositivos legais e à decisões do STF. Caberia à recorrente contrapor-se a estes argumentos, demonstrando a injustiça do julgamento quanto à parcela sucumbente do seu pleito.

Mas Recurso voluntário, a recorrente refere-se ao Acórdão recorrido em apenas um simples parágrafo:

“No caso vertente, houve por bem o D. Julgador de primeira instância julgar parcialmente procedente a impugnação interposta, apenas para excluir os valores, referentes ao irregular , alargamento da base de cálculo d COFINS promovido pela Lei n° 9.715/1998, mantendo o saldo. remanescente do lançamento efetuado.”

E não há mais nenhuma outra referência, ainda que indireta, ao teor da decisão proferida pela DRJ.

Portanto, o Acórdão recorrido apresentou todos os argumentos para manter o lançamento fiscal, ainda que parcialmente, os quais não foram nem indiretamente contestados pela recorrente, que preferiu repetir o mesmo texto apresentado na manifestação de inconformidade, com o acréscimo do parágrafo acima transrito.

Relembre-se que o parágrafo único do artigo 42² do decreto 70235/1972 prevê que “serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício”.

¹ Art. 56. Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência. (Vide Lei nº 9.430, de 1996)

² Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;
II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

No caso presente, entendo que não há motivos para a reforma da decisão de primeiro grau, restando devidamente rebatidos os argumentos da recorrente quanto às informações bancárias, face à correta aplicação da lei Complementar 105 ao caso.

A questão da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS é incabível pois, como bem esclareceu o relator, o tributo lançado “se deu sobre receitas financeiras, de aluguel e sobre transferência bancária recebida”.

E quanto aos juros sobre a multa de mora, resta-nos observar o disposto na Súmula 108 deste CARF:

“Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Verificando-se que o recorrente reitera perante este colegiado os argumentos de defesa apresentados na impugnação, ao amparo do parágrafo 3º do artigo 57³, Anexo II, do RICARF, com a redação dada Portaria MF nº 329, de 2017, e por concordar plenamente com os argumentos do voto do Relator, com a devida licença, adoto-o, por seus próprios fundamentos, como razão de decidir no presente julgado, motivo pelo qual cito trechos do Acórdão recorrido, verbis:

“Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da impugnação.

A preliminar de nulidade não procede, conforme veremos a seguir.

Pelo Termo de Início de Ação Fiscal, de fl. 9, a interessada foi intimada em 24/05/2006 a apresentar, entre outros, extratos bancários do ano de 2003, no prazo de vinte dias.

Em 13/06/2006 a empresa informou que os documentos solicitados estavam à disposição da fiscalização (fl. 10).

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

³ Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017) (grifei)

Por falta de atendimento à intimação, a empresa foi reintimada em 13/09/2006 para apresentar os documentos anteriormente solicitados (fl.13), tendo sido por ela solicitados noventa dias de prazo para atendimento e deferidos trinta dias (fl. 15).

Seguiram-se as Requisições de Movimentação Financeira de fls. 17 e 19, por meio das quais o Delegado da Receita Federal solicitou a duas instituições bancárias os extratos de movimentação do ano de 2003.

Em 21/11/2006, a impugnante protocolou resposta à reintimação (fls. 23/24), alegando que as informações solicitadas estariam contidas nos livros Diário e Razão, além do que não haveria embasamento legal para a solicitação, razões pelas quais deixava de apresentá-las.

De posse das informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras, a fiscalização produziu o Termo de Verificação e Intimação Fiscal de fls. 29/33 (cientificado em 16/03/2007 — fl. 34), no qual relacionou diversos valores em relação aos quais a contribuinte foi instada a comprovar a origem dos recursos.

Portanto, não procede a alegação de que a impugnante não pôde se manifestar "acerca dos extratos bancários (...) após a quebra do sigilo". Também não tem fundamento a reclamação de que "não se encaminhou planilha discriminando os depósitos bancários — um a um", pois tal planilha é justamente a de fls. 31/33, a ela submetida pela intimação, o que justifica ainda o indeferimento do pedido de realização de diligência para "se discriminar" os depósitos bancários.

Como se não bastasse, em decorrência da falta de atendimento à intimação, a fiscalização reintimou a contribuinte para prestar as informações solicitadas, conforme Termo de fls. 36/37, cientificado em 04/04/2007 (fl. 38).

Atendendo a essa reintimação, a fiscalizada apresentou as justificativas de fls. 40/42, sendo novamente intimada a comprovar os valores que, segundo a empresa, corresponderiam a "adiantamento de clientes/adiantamento a fornecedores" (fls. 43/45, ciência em 23/04/2007).

Novas manifestações da contribuinte foram apresentadas às fls. 50/54, mas, conforme o Termo de Encerramento mencionado no relatório, não ficou comprovado que o valor de R\$60.000,00 recebido por TED da empresa Smar Equipamentos Industriais se tratava de outro valor que não receita decorrente de suas atividades comerciais.

Em suma, a impugnante teve diversas oportunidades para comprovar a origem de sua movimentação bancária, o que afasta definitivamente a alegação de cerceamento do direito de defesa.

No tocante ao sigilo bancário, é bom que se diga que não houve "quebra", como alegado pela impugnante, mas tão somente sua transferência, das instituições financeiras para a fiscalização, tudo nos estritos termos da Lei Complementar nº 105 e Decreto nº 3.724, ambos de 2001, não havendo qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

Sobre a omissão de receitas, dispõe a Lei nº 9.430, de 1996:

Art.42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais

o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

Assim, a omissão de receita apurada pela fiscalização não é arbitrária, inadmissível e, muito menos, ilegal, uma vez que amparada no texto reproduzido acima.

Inaplicável a jurisprudência transcrita, uma vez que trata do Imposto sobre a Renda, cuja tributação difere substancialmente das contribuições no que diz respeito à base de cálculo, que neste caso são as receitas, e não a renda ou rendimento. Apurada a omissão de receitas, deve-se fazer incidir a Cofins sobre elas.

Aqui, é preciso examinar a questão do alargamento da base de cálculo provocada pela Lei n.º 9.718, de 1998.

De acordo com referida Lei, a partir de fevereiro de 1999, a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cotins é a Receita Bruta, considerada como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, nos seguintes termos:

Art. 22 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.

No entanto, no julgamento dos RE n.ºs 390.840, 346.084 e 358.273, o Supremo Tribunal considerou inconstitucional a alteração trazida pelo §1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98, relativamente à definição da base de cálculo das contribuições, por meio de acórdãos do Tribunal Pleno, transitados em julgado, mantendo-se, portanto, para este fim, o texto das normas anteriormente aplicáveis.

Abaixo, transcreve-se a ementa adotada nos três acórdãos:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE — ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI N.º 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 — EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 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. Sobrepoê-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 N.º 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n.º 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. E inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei n.º 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. (Destques incluídos)

Também no julgamento do Recurso Extraordinário 585.235-1, decidiu o STF reconhecer a repercussão geral da questão constitucional em tela, em acórdão proferido em sessão de 10/09/2008, publicado no DJE n.º 227 de 28/11/2008, e transitado em julgado em 12/12/2008, nos seguintes termos:

“O Tribunal, por unanimidade, 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, tudo nos termos do voto do Relator. 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 o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da 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.”

Acerca da aplicação, no âmbito administrativo, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, dispõe o Decreto n.º 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:

1- 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

Por sua vez, o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o procedimento administrativo fiscal no âmbito da RFB, recentemente alterado pela Lei n.º 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:

1— que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

(-)

Das decisões acima transcritas, proferidas em sessão plenária do STF, conclui-se que o entendimento fixado no julgamento dos RE n.ºs 390.840, 346.084, 358.273 e 585.235-1, relativamente à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins) definido pelo §1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98, encontra-se pacificado naquela Corte, reconhecendo o Tribunal tratar-se de matéria de repercussão geral, reafirmando expressamente a jurisprudência acerca da questão e deliberando, inclusive, pela edição de súmula vinculante.

Em função dos efeitos dessas decisões, foram editados, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492, de 22/03/2010 e a Portaria PGFN n.º 294, de 2010, prevendo a dispensa de apresentação de recurso, ordinário e extraordinário, nos casos em que os precedentes sobre determinados assuntos, divulgados por meio de listas atualizadas periodicamente, oriundos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, forem julgados com base nos artigos 543-B (repercussão geral) e 543- C (repetitivos). E, da lista de temas julgados pelo STF sob a forma do art. 543-B do CPC, e que não mais serão objeto de contestação/recurso pela PGFN, encontra-se aquele objeto do RE n.º 585.235, Relator: Mi Cezar Peluso, Data de julgamento: 10/09/2008, que considerou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, promovido pelo art. 3º, §1º da Lei n.º 9.718/98.

Desta forma, resta atingido o objetivo pretendido no texto do art. 26-A do Decreto 70.235/72, acima transscrito, 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.

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

Art. 79. Ficam revogados:

(.)

XII—o §1º do art.3º da Lei n.º9.718, de 27 de novembro de 1998;

(-)

Neste contexto, impõe-se excluir a exigência de contribuição incidentes sobre as receitas que não se enquadrem no conceito de faturamento adotado na Lei Complementar n.º 70, de 1991 (receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza) e na Lei n.º 9.715, de 1998 (a receita bruta proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia).

Assim, do valor que serviu de base para o lançamento, deve ser mantida a exigência apenas sobre a receita omitida no valor de R\$60.000,00, referente ao TED recebido de terceiros, e sobre a receita de aluguéis no valor de R\$3.300,00, as quais não se enquadram entre aquelas objeto da inconstitucional ampliação, reduzindo a Cofins (3%) exigida para R\$1.899,00.

Com relação à inclusão do ICMS na base de cálculo, conforme demonstrativo de fl. 5 verifica-se que não consta a incidência das contribuições sobre tal tributo estadual, pois a tributação se deu sobre receitas financeiras, de aluguel e sobre transferência bancária recebida, sendo irrelevante a discussão sobre o tema.

Por fim, todas as demais questões levantadas pela impugnante dizem respeito à constitucionalidade de dispositivos de leis, e sobre tal, esclareça-se que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência e a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 102, I, a e III, b, art. 103, § 2º; Emenda Constitucional n.º 3, de 18 de março de 1993; Código de Processo Civil — CPC —, arts. 480 a 482; RISTJ, arts. 199 e 200).

A mais abalizada doutrina escreve que toda atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legiferante competente, gozam de presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade. Cabe à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por decisão definitiva pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Como, no caso concreto, essas hipóteses não ocorreram, as normas inquinadas de inconstitucionais pela impugnante continuam válidas não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-las nem declarar sua inconstitucionalidade, sob

pena de violar o princípio da legalidade, na primeira hipótese, e de invadir seara alheia, na segunda.

Pelo exposto, VOTO pela procedência parcial da impugnação, para reduzir da Cofins exigida para R\$1.899,00 e, na mesma proporção, os juros e a multa.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Zedral – relator.