



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17883.000087/2005-42
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-008.400 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2021
Recorrente FLEXTRONICS INTERNACIONAL EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/12/2004

INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, §1º DA LEI Nº 9.718 DE 1998. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

Através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. Incidência do artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997. Decisões definitivas de mérito, proferidas em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional devem ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos administrativos. Artigo 62, § 2º do RICARF.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/12/2004

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE MATÉRIAS IMPUGNADAS. POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

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. Art. 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997. Consoante o § 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972, quando puder ser decidido o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, não deve a autoridade julgadora pronunciá-la nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar a exigência fiscal remanescente em face da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições cumulativas.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo – Presidente.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Maysa de Sa Pittondo Deligne, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), Cynthia Elena de Campos, Paulo Regis Venter (suplente convocado), Renata da Silveira Bilhim, Thais de Laurentiis Galkowicz e Pedro Sousa Bispo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 13-19544, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, conforme Ementa abaixo reproduzida:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/12/2004

Ementa:

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE - Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS. As esferas administrativa e judicial são independentes a priori, submetendo-se à primeira às sentenças judiciais transitadas em julgado, cujos litigantes e objeto forem os mesmos.

COFINS NÃO-CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS. A partir de 02/08/2004 estão sujeitas à alíquota zero as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas submetidas ao regime não-cumulativo, excetuando-se, no entanto, aquelas oriundas de juros sobre o capital próprio e as decorrentes de operações de hedge.

Lançamento Procedente em Parte

Por bem reproduzir os fatos, transcrevo o relatório da decisão proferida pela DRJ de origem:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado em face da contribuinte acima identificada, relativo à falta de recolhimento da COFINS, abrangendo os períodos de apuração 02/2002 a 12/2004 (fls. 705 a 717), no valor de R\$ 556.528,41,

com o acréscimo de multa de ofício de 75%, no valor de R\$ 417.396,22, com juros de mora, calculados até 31/05/2005, no valor de R\$ 182.675,61, totalizando um crédito tributário apurado de R\$ 1.156.600,24, em decorrência de ação fiscal levada a efeito pela DRF/Volta Redonda.

No corpo do item "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", o AFRFB esclarece que os valores apurados no auto de infração referem-se à COFINS incidente sobre receitas financeiras.

As variações cambiais lançadas foram consideradas conforme o reconhecimento de tais receitas por parte da contribuinte, ou seja, para o ano de 2002 foi adotado o regime de competência e para os anos de 2003 e 2004, o regime de caixa.

Após tomar ciência da autuação em 29/06/2005 (fls. 716), a empresa autuada, inconformada, apresentou a impugnação anexada às fls. 721 a 741, em 27/07/2005, com as alegações abaixo resumidas:

- O Decreto 5164, publicado em 30/07/2004, reduziu a zero a alíquota da Cofins incidente sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa da referida contribuição.

- A ampliação do conceito de faturamento não poderia ter se dado por lei ordinária n.º 9.718/98 (artigo 3º, § I), tendo em vista se tratar de norma hierarquicamente inferior à lei complementar 70/91 (Cofins) e em virtude do STF ter declarado no RE 150.174 que receita bruta e faturamento são conceitos distintos.

- A EC 20/98 não poderia dar validade aos artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98, que versam sobre a ampliação do conceito de faturamento, por não se admitir que lei inválida por inconstitucionalidade (natimorta) seja validada após alteração na Lei Maior.

- A EC 20/98, ao pretender alterar o conceito de faturamento trazido no artigo 195,1, CF, se opõe frontalmente ao comando do artigo 110 do CTN.

- A EC 20/98 apresenta vício no processo legislativo, sendo patente sua inconstitucionalidade, o que implica a invalidade das Leis 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03.

- Diante do exposto, requer seja julgada procedente a presente impugnação, cancelando-se a autuação, ou subsidiariamente que seja revisto o lançamento no período de vigência do Decreto 5.164/04, em que a alíquota aplicável às receitas financeiras de pessoas jurídicas sujeitas à não-cumulatividade é zero.

A Contribuinte foi intimada da decisão de primeira instância às fls. 808 (fls. 799 processo físico), através de Termo de Vista em Processo firmado em 23/05/2008 (sexta-feira), no qual consta expressa ciência por meio de procurador devidamente constituído, conforme instrumento de procuração de fls. 809.

O Recurso Voluntário foi apresentado em 23/06/2008, pelo qual pediu pelo cancelamento da autuação, o que fez com os mesmos argumentos apresentados em peça de impugnação.

Através da manifestação de fls. 853-854, a Recorrente anunciou a desistência parcial do recurso, com relação aos débitos das competências de 12/2002 a 07/2004 (Cód. de

pgto: 1262), tendo em vista a opção por recolher parte dos tributos e acessórios exigidos, diante do incentivo financeiro proporcionado pelas reduções da Lei n.º 11.941/09.

Após, às fls. 875, foi proferido despacho pela ARF de Resende/RJ, nos seguintes termos:

Ao analisar o pedido de desistência parcial da impugnação apresentada pelo contribuinte às folhas 844/845, onde informa que optou por recolher parte dos débitos com o incentivo financeiro proporcionado pelas reduções da Lei 11941/2009, **constatou-se que havia imprecisão no texto da petição apresentada, quanto à indicação do período abrangido** pelo pagamento realizado em 30/11/2009, no valor de R\$ 347.960,47, às folhas 855, haja vista o pagamento ser de igual montante ao somatório dos valores referentes **aos PAS 02/2004 a 07/2004, do processo 17883.000.087/2005-42**, somados aos valores referentes aos **PAS 12/2002 ao 07/2004, do processo 17883.000.083/2005-64**, mais a multa de obrigação acessória de R\$ 500,00.

Ato contínuo, constatou-se que o contribuinte acima foi incorporado pela empresa Flextronics International Tecnologia Ltda, CNPJ 74.404.229/0001-28, o que desfaz o vínculo desta unidade como sendo a sua unidade administrativa de controle, a qual foi substituída pela DRF Sorocaba/SP. (sem destaque no texto original)

Após o desmembramento dos valores não questionados, o processo foi encaminhado para este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Cynthia Elena de Campos, Relatora.

1. Pressupostos legais de admissibilidade

Nos termos do relatório, o recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, resultando em seu conhecimento.

2. Mérito

2.1. Conforme relatado, versa o litígio em análise sobre lançamento de ofício lavrado contra a Recorrente em razão das seguintes infrações:

- a) Falta de recolhimento da COFINS em relação às receitas financeiras decorrentes de variação cambial nos períodos de fevereiro de 2002 a novembro de 2002; e
- b) Falta de recolhimento de COFINS de incidência não cumulativa em relação às receitas financeiras decorrentes de variação cambial nos períodos de dezembro de 2002 a dezembro de 2004.

Considerou a Fiscalização que:

- i) Os valores apurados referem-se a valores da COFINS cumulativa que deixaram de ser declarados/recolhidos, relativos a Receitas Financeiras (Variações Cambiais), tendo em vista que, segundo entendimento do contribuinte, não fazem parte do faturamento da empresa;
- ii) Com relação as Variações Cambiais lançadas, apesar do contribuinte as ter escriturado em conta sintética, não separando as Variações Cambiais por competência das Variações Cambiais pelo regime de caixa, foi obedecido o regime adotado pelo mesmo para o reconhecimento de tais receitas, ou seja, para o ano de 2002 foi adotado o regime de competência e para os anos de 2003 e 2004, o regime de caixa;
- iii) Foram expurgadas as Variações Cambiais, cujas operações não foram liquidadas nos respectivos meses de 2003 e 2004, as quais o contribuinte conseguiu demonstrar através de Planilhas das Variações Cambiais apresentadas.

2.2. A DRJ de origem exonerou os créditos lançados referentes aos fatos geradores de **setembro de 2004** e de **dezembro de 2004**, considerando que, a partir de 02/08/2004 estão sujeitas à alíquota zero as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas submetidas ao regime não-cumulativo, excetuando-se, no entanto, aquelas oriundas de juros sobre o capital próprio e as decorrentes de operações de *hedge*, nos termos dispostos no art. 27, § 2º, da Lei n.º 10.865/2004 e Decreto n.º 5.164/2004.

2.3. Às fls. 853-854 a Recorrente apresentou pedido de desistência parcial do recurso com relação aos seguintes períodos de apuração:

Código de pagamento	Período da Apuração	Valor do Débito (INSS e outras entidades)
1262	28/02/2004	R\$ 20.491,28
1262	31/03/2004	R\$ 1.739,16
1262	30/04/2004	R\$ 15.491,67
1262	31/05/2004	R\$ 25.123,21
1262	30/06/2004	R\$ 18.010,73
1262	31/07/2004	R\$ 26.862,19

Com isso, o litígio remanesce com relação ao tópico da defesa referente ao alargamento da base de cálculo previsto pelo § 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98.

2.4. Argumenta a Recorrente que:

- i) Exerce atividades diversas, estando sujeita ao recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração social - PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, instituídas, respectivamente, pelas Leis Complementares n.ºs 07/70 e 70/91;
- ii) Em 28 de novembro de 1998, foi publicada a Lei n.º 9.718/98, que através de seu artigo 3º, § 1º, buscava modificar o conceito de faturamento, atribuindo ao mesmo significação mais ampla do que a acolhida pelo

ordenamento pátrio, culminando na alteração da base de cálculo das contribuições para o PIS e da COFINS;

- iii) A partir de 01 de fevereiro de 1999, data fixada para o início da vigência da Lei n.º 9.718/98, a Fiscalização considerou que as Contribuições incidem sobre o total das receitas auferidas, inclusive receitas financeiras, e não mais apenas sobre as receitas obtidas em virtude da venda de mercadorias e serviços;
- iv) A ampliação do conceito de faturamento não poderia ter se dado pela Lei Ordinária n.º 9.718/98 (art. 3º, § 1º), tendo em vista se tratar de norma hierarquicamente inferior à Lei Complementar 70/91 (Cofins) e em virtude do STF ter declarado no RE 150.174 que receita bruta e faturamento são conceitos distintos.

2.5. Com relação à declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98, a decisão recorrida, proferida em 17 de abril de 2008, não adentrou no mérito da matéria por entender pela incompetência da autoridade administrativa para apreciar a inconstitucionalidade de comando legal.

Com isso, afastando o argumento da defesa quanto ao Recurso Extraordinário n.º 150.174, por entender, naquele momento, que a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das Contribuições para o PIS e Cofins não alcança a Recorrente em razão de inexistência do efeito *erga omnes*, concluiu o ilustre julgador de primeira instância que “*é inócuo, então, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desprezar as normas motivadoras do lançamento, cuja validade está sendo questionada, em observância ao art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN)*”.

2.6. Ocorre que a matéria suscitada sobre a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/1998 é questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ao RE 585.235/MG, na sistemática da repercussão geral, conforme Ementa abaixo:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS.COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE n.º 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006)

Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98.

(RE 585235 QORG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe227 DIVULG 27112008 PUBLIC 28-11-2008)

O julgado em referência teve como precedentes os Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 390.840/ MG, 358.273/RS e 346.084/PR.

Neste caso, deve ser aplicada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sob a sistemática de repercussão geral, nos termos do artigo 62 do Regimento Interno do

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015¹.

2.7. Por sua vez, destaco igualmente que o Decreto n.º 2.346, de 10/10/1997, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, assim prevê em seu artigo 4º, parágrafo único:

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.** (sem destaques no texto original)

2.8. Com isso, não obstante o ilustre Julgador *a quo* não ter enfrentado a matéria com relação ao alargamento da base de cálculo promovido pelo § 1º, do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 e, uma vez declarada a inconstitucionalidade de tal dispositivo através do julgamento ao Recurso Extraordinário n.º 585.235/MG pelo Supremo Tribunal Federal, resta superado o mérito a favor da Recorrente, motivo pelo qual, com fundamento no artigo 59, § 3º do Decreto

¹ ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 31/12/1999 a 31/01/2000, 31/03/2000 a 31/12/2000, 28/02/2001 a 31/03/2001, 31/08/2001 a 30/09/2001, 01/11/2001 a 30/11/2001, 01/10/2002 a 31/10/2002, 31/12/2002 a 30/06/2003, 31/08/2003 a 30/09/2003

BASE DE CÁLCULO DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, §1º DA LEI Nº 9.718/98 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei n.º 9.718/98, que alargou o conceito de faturamento para a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE n.º 585.235, na sistemática da repercussão geral, tendo como leading cases os Res n.ºs 357.9509/RS, 390.8405/MG, 358.2739/RS e 346.0846/PR.

Portanto, ficou estabelecido o conceito de faturamento como decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, ou da combinação de ambos, não sendo abrangidas quaisquer outras receitas da pessoa jurídica.

TRIBUNAIS SUPERIORES. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE REPRODUÇÃO DAS DECISÕES PELO CARF.

Nos termos do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" e §2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, os membros do Conselho devem observar as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543B e 543C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária. (Acórdão n.º 9303-008.030 – PAF n.º 10580.011972/200351 – Relatora: Conselheira Vanessa Marini Ceconello)

70.235/1972², dou provimento ao recurso voluntário, para que seja cancelada a exigência fiscal remanescente.

3. Dispositivo

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso voluntário, para cancelar a exigência fiscal remanescente em face da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições cumulativas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos

² Art. 59. São nulos:

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.