



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

Processo nº 18471.001563/2007-19
Recurso nº 262.203 Voluntário
Acórdão nº 3202-000.262 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de fevereiro de 2011
Matéria PIS/PASEP e COFINS
Recorrente COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PIS/PASEP e COFINS.

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/10/2002, 01/04/2003 a 30/04/2003.

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO DO CONCEITO DE RECEITA BRUTA. § 1º, DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98 DECLARADO INCONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

Nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, entendeu que o alargamento da base de cálculo do PIS, pelo art. 3º da Lei nº 9.718/98, é inconstitucional por alterar o conceito de faturamento devidamente consagrado no direito privado.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

José Luiz Novo Rossari - Presidente

Gilberto de Castro Moreira Junior - Relator designado *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Rodrigo Cardozo Miranda, Irene Souza da Trindade Torres, Gilberto de Castro Moreira Junior, Heroldes Bahr Neto e João Luis Fregonazzi.

Relatório

Por bem tratar da questão, adoto o relatório da DRJ-RJ II (fls. 523/525):

“Trata o presente processo de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado, relativo à falta/insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, abrangendo os períodos de apuração de janeiro a outubro de 2002 e abril de 2003 (fls. 174 a 180), no valor de R\$867.257,10, incluindo principal, multa de ofício de 75%, e juros de mora, calculados até 28/09/2007

Foi também lavrado auto de infração relativo à falta de recolhimento/declaração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, abrangendo os períodos de apuração de janeiro a outubro de 2002, dezembro de 2002 e janeiro de 2003 a janeiro de 2004 (fls. 181 a 190), no valor de R\$8.362.286,22, incluindo principal, multa de ofício de 75% e juros de mora, calculados até 28/09/2007.

O Termo de Verificação de fls. 163 a 167 e os quadros demonstrativos de fls. 168 a 173 integram os autos de infração. No Termo de Verificação a autoridade lançadora registra que:

- a) Nos anos calendário de 2002 a 2006 a receita bruta da prestação de serviços informada na ficha 06 A das DIPJ diverge do total declarado como base de cálculo do PASEP e da COFINS;
- b) Foi constatada a falta ou insuficiência de recolhimento da COFINS e do PASEP decorrente da não inclusão na base de cálculo das receitas de arrendamentos das áreas (conta 4.1.1.01.01) e das receitas financeiras;
- c) Foi verificado também que as receitas de arrendamento são baseadas em contratos licitados, nos termos do art. 4º da Lei 8.630/93 (Lei dos Portos), sendo atividade de arrendamento exercida pela fiscalizadora de forma regular, no exercício da atividade empresarial, o que certamente compõe sua Receita Bruta ou faturamento;
- d) Receitas de arrendamento e/ou aluguel representam faturamento para efeito da disposição contida na CF, art. 195, pois o conceito de faturamento é amplo;

- e) Assim, não se vislumbra qualquer motivo, seja de ordem constitucional, seja de ordem operacional para que a pessoa jurídica que obtenha receitas de aluguel e/ou arrendamento de bens móveis e imóveis fique impossibilitada de contribuir para seguridade social através do PIS/PASEP e COFINS.

O enquadramento legal citado no Auto de Infração foi:

PIS – arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei Complementar 08/70; Título 5, capítulo 2, seções 1, 2 e 3 do Regulamento do PIS/PASEP aprovado pela Portaria MF 142/82; arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º, da Lei 9.715/98; artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98; art. 1º, 3º e 4º da Lei 10.637/2002.

COFINS – art. 1º da Lei Complementar 70/91; artigos 2º, 3º e 8º da Lei 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória 1.858/99 e suas reedições; arts. 2º inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto 4.524/2002.

A base legal da multa de ofício e dos juros de mora exigidos conta em fls. 176/177 e 185/186.

Após tomar ciência das autuações em 29/10/2007 (fls. 178 e 187), a empresa autuada, inconformada, apresentou a impugnação de fls. 198 a 230 em 28/11/2007 alegando, em relação à tributação do PASEP e da COFINS, em síntese que:

- a) O Auditor Fiscal solicitou a composição dos valores mensais de PIS/PASEP, COFINS, CSLL e IRPJ dos períodos entre 01/2002 a 12/2006, todavia, o MPF Complementar somente incluiu o PIS/PASEP e a COFINS do período de 01/2002 a 12/2006, não relacionando o IRPJ e a CSLL. Nestes termos, se faz necessária a retificação do referido MPF;
- b) A fiscalização desconsiderou a aplicação do melhor direito ao caso concreto, visto que inúmeras são as decisões administrativas e judiciais que consolidam o entendimento que a base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS deve considerar apenas seu faturamento, ou seja, a receita de venda e prestação de serviços, especialmente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 pelo STF;
- c) O alargamento da base de cálculo para apuração do PIS/PASEP e COFINS, bem como as deduções efetivadas pela impugnante encontram guarida legal, documental, fiscal e financeira, ou seja, os valores declarados pela impugnante correspondem à aplicação da legislação vigente e jurisprudência dominante no âmbito administrativo e judicial, não podendo a impugnada exigir o cumprimento integral da obrigação, acrescida de multa de 75%, sob pena de insegurança jurídica;
- d) No julgamento dos Recursos Extraordinários 357950, 390840, 358273 e 346084, o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98;
- e) O alcance dos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade no tempo é retroativo em relação ao caso que lhe deu motivo;

- f) A declaração de inconstitucionalidade, mesmo que “inter partes” é suficiente para embasar o direito de terceiros em utilizar-se da exclusão dos efeitos da Lei 9.718/98;*
- g) Mesmo desprovida de força vinculante, a referida decisão será válida para o reconhecimento do direito à utilização dos efeitos pretendidos em favor de terceiros, já que até a presente data o Senado Federal não se manifestou quanto à edição de uma Resolução para a regulamentação dessa inconstitucionalidade;*
- h) Uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, pois o contribuinte que adimpliu a exação e a posteriori foi surpreendido com a declaração de inconstitucionalidade difusa há de ter a justa oportunidade de se ressarcir daquilo que pagou de boa-fé;*
- i) O efeito pretendido pela Lei 9.718/98 é amplamente combatido pelos julgadores do Egrégio Conselho de Contribuintes e Câmara Superior de Recursos Fiscais;*
- j) Assim, não há como prosperar o alargamento da base de cálculo pretendida pela impugnada no que tange à inclusão de receitas de arrendamento (4.1.1.01.01), receitas financeiras (4.2.2), receita eventual (4.2.3), receita de aluguel (4.2.1), receitas diversas (4.2.6), variação monetária e cambial (4.2.7 e 4.2.8), bem como receitas diversas (4.3.1);*
- k) Conforme previsto no artigo 10, inciso XI, “b” da Lei 10.833/2003, os contratos de bens e serviços com cláusula de vigência superior a um ano e assinados antes da entrada em vigor da referida legislação, obedecem à norma anterior, ou seja, a Lei 9.718/98, declarada inconstitucional.”*

Decidiu a DRJ – Rio de Janeiro II (RJ), às fls. 525/527, em manter a procedência do lançamento. Vejamos a ementa da decisão:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/10/2002, 01/04/2003 a 30/04/2003.

LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. EFEITOS.

A declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ações incidentais, somente gera efeitos para terceiros não participantes da ação após a publicação da Resolução do Senado que suspenda a execução da lei.

Lançamento procedente.”

Nas considerações iniciais do voto da DRJ-RJ II, a ilustre relatora Andréa Paula de Moraes Machado, destaca: “(...). Inicialmente cumpre informar que não serão apreciadas neste voto as alegações apresentadas pela autuada relativas aos seguintes itens da impugnação: a) não adição ao lucro real de despesa indedutível de complementação de aposentadoria; b) não adição ao lucro real de despesa indedutível de multas fiscais; e c) exclusões de parcelas de despesas da conta débitos de exercícios anteriores, uma vez que tais questões têm reflexo apenas na apuração do crédito tributário relativo ao IRPJ e à CSLL constituído de ofício através de autos de infração formalizados em outro processo. (...)”

Irresignada com a decisão, a Recorrente interpôs o presente recurso (fls. 534/541) pretendendo vê-la reformada, alegando que:

“(...) A decisão de primeira instância administrativa reconheceu que o lançamento decorreu da não inclusão na Base de Cálculo das receitas provenientes de Contratos de Arrendamentos Portuários, e, em relação a isto, não há questionamento fático em relação a matéria.

Igualmente, consoante verificado no relatório da decisão ora guerreada, verificou-se que as receitas de arrendamento são baseadas em contratos lícitos, nos termos do artigo 4º da Lei 8.630/1993.

Contudo, o lançamento foi julgado procedente porque foi conferida uma interpretação de conceito de faturamento amplo, com fulcro no artigo § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 (sic), considerando o mesmo como sinônimo de Receita Bruta e implicando no alargamento da base de Cálculo do PIS/PASEP e COFINS.

Como fundamento para tanto, manteve o lançamento sob argumento de que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha consagrado o entendimento de que o conceito de faturamento, para fins da apuração da Base de Cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, abrange somente a receita bruta da venda de mercadorias, serviços e mercadorias e serviços, não houve Resolução do Senado Federal suspendendo a executoriedade da norma, não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-la, sob pena de violar o princípio da legalidade, o que não deve prosperar. (...).”

Requeru, assim, a improcedência e conseqüente nulidade do Auto de Infração *“considerando que a receita proveniente de contratos de arrendamento/aluguel de imóveis não pode ser considerada na Base de Cálculo da contribuição do PIS/PASEP e da COFINS, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e reconhecido pelo i. julgador de primeira instância”*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior, Relator *ad hoc*

Satisfeitos estão os requisitos viabilizadores de admissibilidade deste recurso e, por ser tempestivo, dele conheço.

Atenta leitura dos motivos ensejadores da lavratura do auto de infração, bem como da Impugnação levada a efeito pelo Contribuinte, das razões de decidir pela d. DRJ e do Recurso Voluntário, o único ponto a decidir refere-se ao fato de que o lançamento se deu ao argumento de que as diferenças de PIS/PASEP e CONFINS apuradas pela d. Autoridade Fazendária foram calculadas sobre a totalidade das receitas auferidas [Arrendamento (aluguel de imóveis, conta 4.1.1.01.01, receitas financeiras (4.2.2), receita eventual (4.2.3), receita de aluguel (4.2.1), receitas diversas (4.2.6), variação monetária e cambial (4.2.7 e 4.2.8), bem como receitas diversas (4.3.1) apuradas nos períodos base de cálculos declarada nas DIPJ's e DCTF's)], segundo o conceito de faturamento dado pelo art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98,

dispositivo este que no entender da Contribuinte por ter sido declarado inconstitucional pelo STF, não deve ser aplicado no caso vertente.

Base de cálculo – Alargamento

No caso em questão, verifica-se que a autuação da Recorrente se deu com base no conceito de faturamento dado pelo artigo 3º da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso, na medida em que altera o conceito de faturamento, devidamente consagrado no direito privado brasileiro.

Antes do advento da Lei nº 9.718/98, a Cofins, em razão das disposições da Lei Complementar nº 70/91, incidia sobre o faturamento, assim definido como a receita de venda de mercadorias, prestação de serviços ou venda de mercadorias e prestação de serviços.

Com o advento da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo da referida contribuição foi ampliada, e passou a incidir sobre qualquer receita (receita bruta), mesmo aquelas que não se enquadram no conceito de faturamento. Eis o que reza os arts. 2º e 3º, § 1º da Lei sob exame, *verbis*:

"Art. 2º. 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 irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas."

Como base neste preceito, eram as razões de decidir por parte do antigo Conselho de Contribuintes: *"Receita bruta é 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."* (2ª CC – Acórdão nº 201-17.600).

Contudo, no que toca a inclusão na base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, das receitas financeiras e outras, estranhas à atividade da empresa, em razão da sentença proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, entendo que assiste razão a Recorrente.

Tal entendimento decorre do encerramento do julgamento (RE 390.840/MG) proferido pelo Supremo Tribunal Federal — STF, relativo ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, que transitou em julgado em 29/09/2006.

O RE 390.840/MG foi julgado em definitivo na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09/11/2005, e teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, que julgou conforme a seguinte ementa, *verbis*:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 17 DE NOVEMBRO DE 1998 - 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. 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."

A decisão teve a seguinte votação:

"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."

No voto condutor da mencionada sentença foi reproduzido o art. 2º da Lei nº 9.718/98, no qual está definida a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins como sendo o faturamento. Assim se manifesta o Ministro relator, *verbis*:

"Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo o faturamento sem dar-lhe, no campo da ficção jurídica, conotação discrepante da consagrada por doutrina e jurisprudência, ter-se-ia solução idêntica à concernente à Lei nº 9.715/98. Tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, ou seja, a envolver o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias,

de mercadorias e serviços e de serviços. Respeitado estaria o Diploma Maior ao estabelecer, no inciso I do artigo 195, o cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo empregador, considerado o faturamento. Em Última análise, ter-se-ia a observância da ordem natural das coisas, do conceito do instituto que é o faturamento, caminhando-se para o atendimento da jurisprudência desta Corte."

Após esta digressão acerca da jurisprudência da própria Suprema Corte, retoma o Ministro à Lei nº 9.718/98, completando:

"Então, após mencionar a jurisprudência da Corte sobre a valia dos institutos, dos vocábulos e expressões constantes dos textos constitucionais e legais e considerada a visão técnico-vernacular, volto à Lei nº 9.718/98, salientando, como retratado acima, constar do artigo 2º a referência a faturamento. No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços."

Por derradeiro, traz à baila a interpretação mesma entre faturamento e receita bruta, donde revelou ser o conceito desta dada pela norma em exame, totalmente incompatível e discrepante dos preceitos vigentes, tanto na doutrina quanto nas jurisprudências da Suprema Corte.

Sendo assim, prossegue, *verbis*:

"Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos "faturamento" e "receita bruta". Todavia, o §1º veio a definir esta última de forma toda própria.

O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil.

(...)

. . . constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para

assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial."

Destarte, há de se observar que consoante dispõe o inciso I, do parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é dever da autoridade pública competente atender os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e principalmente o da eficiência.

Pelo princípio da celeridade, implícito no de eficiência, não compete ao julgador administrativo dar seqüência a exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos *ex tunc*, pela Corte constitucional.

Seria de extremo sem sentido, e mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados, manter a exigência tributária, remetendo a Contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagar por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à via paga e reclama.

Não bastasse a fundamentação acima, cabe lembrar o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/1997, que assim dispôs:

"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."

O Decreto nº 4.176 de 28/03/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, ao regulamentar a Lei Complementar nº 95/1998, determina a forma técnica de redação consoante o art. 23, inciso III, alínea "c", sendo que, para a obtenção de ordem lógica, os parágrafos deverão expressar os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo.

Partindo da premissa de que o texto expresso do art. 23, III, "c" da LC 95/1998 é:

"Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

(...) omissis (...)

III- para a obtenção de ordem lógica:

(...) omissis (...)

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida."

Temos que o Parágrafo Único do art. 4º, do Decreto nº 2.346/97 (apresentado na íntegra acima), se constitui em uma exceção à regra estabelecida no *caput* do próprio art. 4º pelo motivo desse *caput* referir-se a órgãos diversos dos citados no Parágrafo Único, sem que exista qualquer liame de subordinação ou mesmo coordenação entre os citados órgãos para aplicação de seus termos.

Outrossim, entendo equivocado o entendimento de alguns operadores do direito, quanto a aplicação do art. 4º, Parágrafo Único, do Decreto nº 2.346/97, como relatado no r. acórdão do RE 390.840 MG, de que o Órgão Julgador, singular ou coletivo da Administração Fazendária, somente deve afastar lei, tratado ou ato normativo federal quando este tiver sido objeto de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta e/ou esgotada a via administrativa.

Por consequência, compactuo do entendimento do Ministro Marco Aurélio, aplicando-o ao presente caso, visto que tal declaração de inconstitucionalidade de lei, foi efetuada nos RE 390.840 MG, entendendo como suficiente para o afastamento de sua aplicação, a existência de tal decisão.

Declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, do dispositivo, fica vedada sua aplicação pelo órgão julgador. Assim sendo, o art. 4º e seu Parágrafo Único devem ser interpretados de forma sistemática e integrada ao art. 1º, pois as hipóteses tratadas nos citados dispositivos são diversas.

Enquanto o art. 4º trata de hipótese de declaração de inconstitucionalidade em ação direta, o art. 1º refere-se a mera interpretação do texto constitucional, o que impede tratá-los como disposições inconciliáveis.

Portanto, o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, ao prever a tributação de receitas que não se enquadram no conceito de faturamento pelo PIS e pela Cofins, contrariou o art. 195, I, da CF/88, que somente autorizava a tributação de receitas que se enquadrassem no conceito

de faturamento, isto é, somente aquelas decorrentes da venda de mercadorias ou de prestação de serviços.

Os precedentes do antigo Conselho de Contribuintes sobre o tema e na mesma linha de entendimento são os 202-17.600 e 202-17.735:

2º Conselho de Contribuintes / 2a. Câmara / ACÓRDÃO 202-17.600 em 06.12.2006

COFINS

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA.

Ausência de demonstração da existência ou da veracidade daquilo que o contribuinte alega como fundamento do direito que defende ou contesta, capaz de modificar o lançamento. Ausência de fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo fiscal. COFINS. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

Recurso provido em parte.

Resultado: Por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo as receitas que não sejam provenientes do faturamento da empresa. Vencida a Conselheira Nadja Rodrigues Romero que negou provimento ao recurso.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente da Câmara

Publicado no DOU em: 12.06.2007

Relator: MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Recorrente: IECSA - GTA TELECOMUNICAÇÕES LTDA

Recorrida: DRJ-CURITIBA/PR

(destaque nosso)

2º Conselho de Contribuintes / 2a. Câmara / ACÓRDÃO 202-17.735 em 27.02.2007

COFINS

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

Processo devidamente amparado por MPF-F regular nos termos da Portaria SRF nº 1.265/99.

NULIDADE DE DECISÃO.

Compete essencialmente ao julgador decidir a questão de mérito, estampada, como regra, no pedido do autor. Questões prévias se caracterizam pela indispensabilidade de sua resolução para que outras questões possam ser examinadas e decididas. Ausência de questionamento de matéria alegada pela autuada, dispensável para a solução da lide, sob a ótica do julgador, não torna a decisão nula.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº

9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006. Os resultados com operações de venda e compra de títulos da dívida pública em moeda estrangeira - Notas do Tesouro dos Estados Unidos da América - 'T-Bill' caracterizam-se como receitas financeiras, não sujeitas à incidência da contribuição.

Recurso provido.

Resultado: Por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, que apresentará declaração de voto, Maria Cristina Roza da Costa e Nadja Rodrigues Romero.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente da Câmara

Publicado no DOU em: 12.07.2007

Relator: MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Recorrente: VIRTUALITIES TRADING COMERCIAL LTDA

Recorrida: DRJ-CAMPINAS/SP

(destaque nosso)

No tocante ao alargamento da base de cálculo do PIS, é de se destacar, ademais, que o Excelso Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto à matéria na sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, ou seja, através de análise sob a sistemática de repercussão geral.

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 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 nº 9.718/98.

(RE 585235/MG, Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 10/09/2008)

Com isso, restou consolidado no âmbito do Excelso Pretório o entendimento de que é inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

O Regimento Interno do CARF, por sua vez, na redação dada recentemente pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, tem os seguintes comandos nos seus artigos 62 e 62-A:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF 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; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.}

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Verifica-se, assim, que a referida decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa contida nos autos, cujo comando legal que determinava a tributação de tais parcelas foi declarado inconstitucional.

Pelas considerações delineadas, CONHEÇO do recurso e voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, devendo ser afastada a exigência contida nos autos, cujo comando legal que determinava a tributação de tais parcelas foi declarado inconstitucional.

Gilberto de Castro Moreira Junior