



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

Processo nº 18471.002358/2002-66
Recurso nº 138.730
Resolução nº 3302-00.008 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 14 de agosto de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente EMI Music do Brasil Ltda.
Recorrida DRJ Rio de Janeiro II / RJ

RESOLUÇÃO Nº 3302-00.008

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente

Jose Antonio Francisco
JOSE ANTONIO FRANCISCO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 322 a 347) apresentado em 18 de fevereiro de 2005 contra o Acórdão nº 7.145, de 28 de dezembro de 2004, da DRJ Rio de Janeiro II / RJ (fls. 303 a 310), do qual tomou ciência a Interessada em 19 de janeiro de 2005 e que, relativamente a auto de infração de PIS dos períodos de fevereiro, maio, julho, setembro, novembro de 1998, fevereiro de 1999 a abril de 2001, junho a dezembro de 2001, considerou procedente o lançamento, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1998 a 28/02/1998, 01/05/1998 a 31/05/1998, 01/07/1998 a 31/07/1998, 01/09/1998 a 30/09/1998, 01/11/1998 a 30/11/1998, 01/02/1999 a 31/12/2001

Ementa: CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCIDÊNCIA.

A partir de 01/02/1999, os créditos presumidos do ICMS integram a base de cálculo da contribuição para o PIS.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Procede cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja constitucionalidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Lançamento Procedente

O auto de infração foi lavrado em 22 de outubro de 2002 e, segundo o termo de fl. 231 e os demonstrativos de fls. 133 a 136, foram apuradas diferenças devidas da contribuição entre os valores declarados e os apurados a partir da escrituração da empresa.

Na impugnação, a Interessada alegou que o auto de infração seria nulo, em face de haver sido “lavrado na vigência de medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário”.

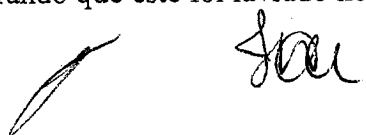
Segundo a Interessada, foi-lhe deferida medida liminar autorizando efetuar o “depósito judicial do montante excedente trazido pela referida Lei n. 9.718/98” (processo n. 2000.51.01.014352-8), passando a efetuar o recolhimento de 2% sobre o faturamento mensal.

A seguir, alegou ser impossível a aplicação de multa de ofício e de juros de mora sobre os montantes depositados mensalmente.

Acrescentou que as diferenças exigidas pela Fiscalização para o ano de 1998 corresponderiam a valores transferidos à chamada “Divisão Itaipu”, seguimento autoral da recorrente, e que os valores exigidos pela Fiscalização para os períodos de apuração compreendido entre fevereiro de 1999 e dezembro de 2001 decorrem de créditos presumidos de ICMS tomados pela impugnante, específicos da indústria fonográfica, os quais não estão abrangidos pelo conceito de receita determinado pela Lei nº 9.718, de 1998.

Ademais, alegou ser ilegal a exigência de juros de mora com base na taxa Selic.

Conforme ementa já reproduzida, a DRJ julgou procedente o lançamento de ofício, considerando que este foi lavrado nos termos da lei.



Em seu recurso, a contribuinte reiterou os termos da sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

O auto de infração relativo à Cofins foi julgado no recurso voluntário n. 131.333 pela antiga Primeira Câmara do 2º Conselho de Contribuintes no Acórdão n. 201-79.596, de 19 de setembro de 2006, cujo relator foi o eminente Conselheiro Gustavo Vieira de Melo Monteiro. A ementa do acórdão foi a seguinte:

NORMAS PROCESSUAIS. AÇÃO JUDICIAL.

A propositura, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

COFINS. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCIDÊNCIA.

A partir de 01/02/1999, os créditos presumidos do ICMS integram a base de cálculo da Cofins.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

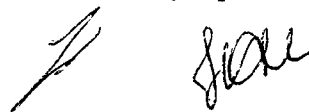
Procede a cobrança de encargos de juros com base na taxa Selic, porque se encontra amparada em lei, cuja constitucionalidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Recurso negado.

Ainda a título de esclarecimento, convém reproduzir a parte inicial do voto do relator no acórdão da DRJ:

9.A impugnante verificou que as exatas diferenças exigidas pela fiscalização para o ano de 1998 correspondem aos valores transferidos à chamada "Divisão Itaipu", que é o segmento autoral da empresa, decorrente de um lançamento meramente contábil efetuado durante aquele ano.

10.Do exame da documentação comprobatória da composição das bases de cálculo da planilha de fl. 153, para os meses de 1998, verifica-se que os valores apurados estão em consonância com os balancetes mensais de fls. 02 a 142 – Anexo 1. Analisando as planilhas de 131 e 132, para o ano de 1998, verifica-se que foram deduzidos da base de cálculo da contribuição para o PIS, pelo contribuinte, valores



referentes à “transferência segmento fonográfico para fonomecânica”, que coincidem com os valores de receitas de serviços – cód. 3.5.1.03 – “arrecadação fonomecânica internacional Odeon” da planilha de fl. 153. Para exemplificar, tomemos o mês de maio de 1998: o valor desta receita foi de R\$177.388,29, conforme planilha de fl. 153, que foi obtido do balancete mensal de fl. 45 do Anexo 1, sob o título “Arrecadação Fonomecânica Internacional Odeon”. Conforme o balancete mensal, esta receita foi adicionada ao valor de R\$329.831,69, também transportada para a planilha de fl. 153 (cód. 3.5.1.02), que corresponde à receita “Arrecadação Fonomecânica Internacional”, perfazendo um total de R\$507.219,98, correspondente à receita “Arrecadação Fonomecânica”, o que demonstra que o primeiro valor não é uma transferência contábil, como alega o contribuinte, e, sim, receita que compõe a base de cálculo da Cofins.

11.A impugnante alega que os valores exigidos pela fiscalização durante o período correspondente a fevereiro de 1999 a dezembro de 2001 são referentes aos créditos presumidos de ICMS tomados por ela, específicos da indústria fonográfica, que em nada se relacionam ao conceito de receita bruta trazido pela Lei nº 9.718/98.

Em suma, considerou-se que as receitas do seguimento autoral corresponderiam a efetiva receita e não somente a transferências contábeis, que a apresentação de ação judicial importaria renúncia às instâncias administrativas e que a Selic seria aplicável.

Ademais, as receitas de atividades de seguimento autoral representam faturamento e compõem a base de cálculo da contribuição no conceito existente anteriormente à Lei n. 9.718, de 1998.

Os créditos de ICMS, entretanto, somente seriam tributáveis pelo novo conceito, questão que foi objeto da ação judicial apresentada pela Interessada.

A taxa Selic, ademais, é devida, nos termos das Súmulas n. 4 do antigo 1º Conselho de Contribuintes e n. 3 do 2º Conselho de Contribuintes.

Cumprе esclarecer que a ação judicial impetrada pela Interessada transitou em julgado em 26 de outubro de 2006 (<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres?proc=200102010103843&mov=1>), no processo n. 2001.02.01.010384-3. O teor da decisão foi o seguinte: (<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108310/1/22/153006.rtf>):

RELATÓRIO

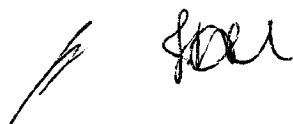
Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado com o fito de que a Impetrante não seja compelida a praticar as alterações introduzidas pela Lei nº 9718/98, de forma que se utilize a base de cálculo e a alíquota prevista na Lei nº 70/91.

Às fls. 69, foi deferido parcialmente o pedido de liminar desde que se procedesse ao depósito excedente a 2% sobre o faturamento, entendido este como se estabelece na LC nº 70/91.

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança (fls. 93/97).

A sentença denegou a segurança (fls. 116/132).

A Impetrante apelou (fls. 138/165) alegando a impossibilidade de modificação de lei complementar por lei ordinária. Disserta sobre o



conceito de faturamento e receita bruta, trazendo diversa jurisprudência sobre o assunto.

Às fls. 172/182, as contra-razões da União Federal/Fazenda Nacional.

O Ministério Público oficiando neste Tribunal manifestou-se às fls. 194/197.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o fito de que se afaste a Lei nº 9718/98.

A matéria relativa às alterações promovidas pela mencionada lei, no que se refere à ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS - art. 3º, § 1º -, foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 346084), havendo-se declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9718/98. Cumpre referir que a inconstitucionalidade foi declarada em relação à Lei nº 9718/98 apenas, permanecendo vigentes as regras determinadas pela Lei nº 10637/02 (relativa ao PIS) e a Lei nº 10833/03 (relativa à COFINS).

Quanto ao aumento da alíquota dessa exação, o fato de que a alteração da alíquota se tenha feito por lei ordinária não fere o princípio da hierarquia das leis, tendo em vista que, de acordo com o entendimento firmado pelo E. STF na ADC 1/DF, a Lei Complementar 70/91 tem caráter substancial de lei ordinária.

Restou assente que, não obstante instituída por lei complementar, a COFINS poderia ser validamente prevista em lei ordinária, uma vez que o seu fundamento constitucional está no art. 195, I, da CF/88, que não exige essa modalidade legislativa para a criação de contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, não se enquadrando na previsão do art. 154, I, da CF/88.

Nesse sentido, refiro os seguintes acórdãos proferidos pelo E. TRF-2ª Região:

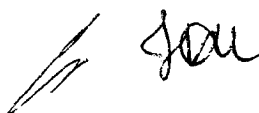
“TRIBUTÁRIO – LEI COMPLEMENTAR 70/91 – COFINS – PRESTADORAS DE SERVIÇO – ISENÇÃO – REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 9.430/96 – LEGALIDADE.

“1. Tendo a Lei Complementar nº 70/91 status de lei ordinária, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 1/DF, não há que se falar em ilegalidade na revogação da isenção prevista em seu art. 6º, II, pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96.

“2. Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

“3. Apelação parcialmente provida.

“(AMS – 44573; Processo: 200151010170925 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; Data da decisão: 03/02/2004



Documento: TRF200115077; Fonte DJU DATA:26/02/2004 PÁGINA: 113; Relator JUIZ PAULO BARATA)"

"Ementa TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. LC Nº 70/91. LEI Nº 9.430/96, REVOGAÇÃO. SÚMULA 276 DO STJ. NÃO APLICABILIDADE.

"1. O STF por ocasião do julgamento da ADC nº 01 atribuiu à LC nº 70/91 o status de lei ordinária, eis que regulou matéria sujeita à reserva desse tipo de norma jurídica. Assim, a referida norma, ainda que rotulada como complementar, materialmente deve ser considerada como lei ordinária, motivo pelo qual não ofende o texto constitucional a revogação da isenção prevista na LC nº 70/91 pela Lei nº 9.430/96.

"2. Não aplicação da Súmula n.º 276 do Superior Tribunal de Justiça: restrição de sua incidência ao período anterior à edição da Lei nº 9.430/96.

"3. Recurso conhecido e desprovido.

"(AMS – 55579; Processo: 200351040027532 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data da decisão: 15/12/2004 Documento: TRF200136040; Fonte DJU DATA:10/01/2005 PÁGINA: 58; Relator JUIZ POUL ERIK DYRLUND)"

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes acórdãos do E. TRF – 1ª Região:

"Ementa CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. "COFINS". REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 9.430/96 DA ISENÇÃO ASSEGURADA PELA LC-70/91 ÀS SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS RELATIVOS A PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. LEGITIMIDADE.

"1 - É pacífico o entendimento do STF no sentido de que somente tem natureza jurídica de lei complementar aquela elaborada pelo processo legislativo próprio dessa espécie de norma jurídica, para regular matéria que a Constituição Federal exija que seja por ela regulamentada.

"2 - Sendo as contribuições sociais de que trata o art. 195, I, da Constituição Federal instituíveis por lei ordinária, tem essa natureza jurídica a LC-70/91, no que tratou da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social - COFINS (STF, ADC nº 1-1/610-DF), pelo que se revela legítima a revogação do inciso II do seu art. 6º pelo art. 56 da Lei 9.430, de 27.12.96, extinguindo-se, em razão disso, a isenção da COFINS de que gozavam as sociedades civis prestadoras de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

"3 - Agravo de Instrumento improvido.

"(AG – 200301000273640; Processo: 200301000273640 UF: MT Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA; Data da decisão: 26/3/2004 Documento: TRF100171338; Fonte DJ DATA: 3/9/2004 PAGINA: 97; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO)"

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.858/99 E REEDIÇÕES. COOPERATIVAS.

POSSIBILIDADE. ISENÇÃO REVOGADA. LEI Nº 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. CONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 110, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INOCORRÊNCIA.

"1. A Medida Provisória nº. 1.858/99 e reedições, ao revogar a isenção concedida pela Lei Complementar nº 70/91 às sociedades cooperativas, não implicou em ofensa à Constituição Federal.

"2. As contribuições destinadas ao custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária, quando compreendidas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal, como é o caso dos autos. Não se faz mister, para tanto, a edição de lei complementar, que somente se faz necessária nas hipóteses do art. 195, § 4º da Constituição Federal, quando se tratar instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (RE nº 146733, Plenário, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 06.11.1992, pág. 20110; RE nº 138284, Plenário, Relator Ministro Carlos Velloso, publicado no DJ de 28.08.1992, pág. 13456 e RE nº 150755/PE, Plenário, Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 20.08.93, pág. 16322).

"3. Na hipótese em que uma matéria, que não é de regulamentação privativa por lei complementar, venha a ser por ela regulamentada, esta lei complementar, no que pertine à matéria por ela disciplinada, é materialmente ordinária, podendo, conseqüentemente, ser alterada por intermédio de lei ordinária, ou, eventualmente, medida provisória. (ADC nº 1-1/DF, relator Ministro Moreira Alves).

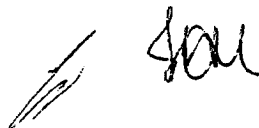
"4. A medida provisória constitui instrumento idôneo para a instituição, majoração ou extinção de tributo, tendo em vista que a Constituição Federal, ao estabelecê-la como ato normativo primário, não fez nenhuma restrição em relação à matéria (precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal, cf. Adin n. 1.005-1 e Adin n. 1.417-0).

"5. Apresenta-se juridicamente possível a revogação, por meio de medida provisória, da isenção concedida às sociedades cooperativas em relação ao PIS e à COFINS.

"6. O art. 146, III, "c", da Constituição Federal, ao estabelecer que deveria ser dado adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, não implicou em concessão de imunidade tributária às sociedades cooperativas.

"7. Para fins de tributação, a expressão receita bruta corresponde ao faturamento da empresa, conforme entendimento do eg. Supremo Tribunal Federal expresso no RE nº 150755-1/PE, Relator para o acórdão o em. Ministro Sepúlveda Pertence.

"8. Precedente da Corte Especial deste Tribunal Regional Federal, que, em sessão de 31.05.2001, por maioria, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada por ocasião do julgamento da AMS nº 1999.01.00.096053-2/MG, Relator Juiz Hilton Queiroz, reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98.



“9. O Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 232896/PA, Relator Ministro Carlos Velloso, firmou posicionamento no sentido de que a contagem do prazo nonagesimal tem início a partir da publicação da primeira medida provisória.

“10. A Lei nº 9.718/98, não trouxe nenhuma inovação quanto aos conceitos de faturamento e receita bruta, não havendo de se falar, por conseguinte, em violação ao art. 110, Código Tributário Nacional.

“11. Apelação da União (Fazenda Nacional) e remessa oficial providas.

“12. Apelação da impetrante prejudicada.

“(AMS – 200038000024808; Processo: 200038000024808 UF: MG Órgão Julgador: QUARTA TURMA; Data da decisão: 4/6/2002 Documento: TRF100132752; Fonte DJ DATA: 3/7/2002 PAGINA: 20; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ÍTALO FIORAVANTI SABO MENDE)”

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, de forma que se afaste a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9718/98, até o advento da Lei nº 10637/02 (PIS) e Lei nº 10833/03 (COFINS).

“EMENTA TRIBUTÁRIO – LEI COMPLEMENTAR 70/91 – LEI ORDINÁRIA Nº 9718/98 – CONCEITO DE FATURAMENTO - ALÍQUOTA.

“I - O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do conceito de faturamento definido no art. 3º, § 1º na Lei nº 9718/98. Cumpre referir que a manifestação se fez apenas com relação à referida lei, não havendo sido apreciadas as Leis nºs 10637/02 (relativa ao PIS) e 10833/03 (relativa à COFINS), permanecendo vigentes as suas regras.

“II - É legítima a revogação de Lei Complementar 70/91 por lei ordinária, eis que, ainda que o tenha sido por lei ordinária, não se fere o princípio da hierarquia das leis, tendo em vista que, de acordo com o entendimento firmado pelo E. STF, na ADC 1/DF, a Lei Complementar 70/91 tem caráter substancial de ordinária.

“III - Apelação parcialmente provida.”

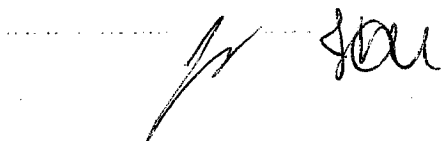
ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decidem os membros da 3ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2006.

Portanto, a Interessada obteve decisão judicial transitada em julgado, considerando devida a Cofins pela alíquota de 3% sobre o faturamento como definido na legislação anterior à Lei n. 9.430, de 1996.



Em vários julgamentos, a antiga 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes firmou o entendimento de que, no caso de trânsito em julgado de decisão judicial, o próprio colegiado poderia aplicar a decisão, adequando o auto de infração ao decidido pelo Judiciário.

No presente caso, a Interessada alegou que o resultado da arrecadação fonomecânica não representaria receitas, razão pela qual se sabe que não foram objeto de recolhimento nem de depósitos judiciais.

Nessa matéria, os valores lançados são devidos com multa e juros de mora, uma vez que não foram recolhidos e declarados, nos termos da fundamentação do acórdão de primeira instância.

Relativamente a tais receitas de créditos do ICMS, a ação judicial transitou favoravelmente à Interessada.

Em relação à diferença de alíquota (2% para 3%), entretanto, não se sabe se a Interessada efetuou os depósitos judiciais corretamente, questão importante para determinar se a multa de ofício e os juros de mora seriam cabíveis.

À vista do exposto, voto por converter o presente julgamento em diligência, para que a Fiscalização verifique, relativamente à diferença de alíquotas, se a Interessada efetuou corretamente os depósitos judiciais, podendo intimar a Interessada a demonstrar a formação dos valores depositados judicialmente.

Ademais, deverá elaborar demonstrativo dos valores lançados e dos valores depositados, dando ciência à Interessada de relatório de diligência, que terá o prazo de trinta dias para apresentar resposta.


JOSE ANTONIO FRANCISCO

