



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

Processo n° 19515.000415/2004-43
Recurso n° 252.898 Voluntário
Acórdão n° 3301-00.585 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2010
Matéria COFINS
Recorrente VARBRA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/09/1998 a 30/09/1998, 01/01/1999 a 28/02/1999

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º DO CTN. DIFERENÇA DE RECOLHIMENTO.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública lançar o crédito tributário decai em 5 (cinco) anos após verificada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (art. 150, § 4º, do CTN).

SÚMULA VINCULANTE DO E. STF.

Nos termos do art. Art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula aprovada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial.**


NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Súmula CARF N° 1)

Recurso parcialmente conhecido, e na parte conhecida dado provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, em relação à competência fevereiro de 2002. Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, em relação ao período restante.


Rodrigo da Costa Póssas - Presidente


Antônio Lisboa Cardoso - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (Relator), Maurício Taveira e Silva, Rodrigo Pereira de Mello (Suplente), Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Póssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro (II), que manteve procedente o auto de infração de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, dos períodos de apuração de 01/09/1998 a 30/09/1998 e 01/01/1999 a 28/02/1999, em razão da recorrente não ter incluído na base de cálculo da referida contribuição as operações de aquisição e venda de títulos representativos da dívida pública da Argentina, denominados “ARGENTINE GLOBAL BONDS 27’s”, através de contrato particular de compra e venda, ensejando as diferenças exigidas no Auto de Infração de fls. 68/75, sintetizada na ementa a seguir reproduzida (fl. 194):

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

Período de apuração: 01/09/1998 a 30/09/1998, 01/01/1999 a 28/02/1999

COFINS DECADÊNCIA

Tendo sido constituído o crédito tributário dentro do prazo de dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos da Lei nº 8.212/91, não se caracteriza a decadência

INCONSTITUCIONALIDADE – Não compete à Autoridade Administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade, bem como deixar de aplicar norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, poi o controle das leis acha-se reservado ao Poder Judiciário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/09/1998 a 30/09/1998, 01/01/1999 a 28/02/1999

COFINS – BASE DE CÁLCULO



A receita oriunda da atividade principal da empresa compõe a sua receita bruta estando sujeita à incidência da contribuição para a COFINS

Lançamento Procedente."

Cientificada em 23/11/2007 (AR – fl. 205-verso), a contribuinte apresentou o recurso de fls. 209/228, em 11/12/2007, alegando, em síntese, o seguinte:

- a) Preliminar de decadência: suscita a decadência de parte do crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º do CTN;
- b) Em relação ao mérito, alega que impetrou em 11/06/1999 com o Mandado de Segurança nº 1999.61.00.026560-0, contra o alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, promovido pela Lei nº 9.718/98 (petição fls. 123/135), resultando no RE nº 483.035) – doc. 1, petição de fls. 123/135), nos seguintes termos (fl. 230):

"(...)

Em consonância com os precedentes referidos, conheço parcialmente do recurso na parte em que suscitada a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS, porque declarada pelo Supremo Tribunal a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 (...)"

Ressalta, por fim que o extinto Segundo Conselho de Contribuintes, em casos análogos ao presente, em que se discutiu, inclusive a natureza jurídica da receita decorrente da venda de títulos da dívida pública Argentina, decidiu no sentido de cancelar o auto de infração respectivo, transcrevendo a seguinte ementa:

"COFINS. EMPRESA NÃO FINANCEIRA. RESULTADOS COM VENDAS DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDOS EM MOEDA ESTRANGEIRA. CARACTERIZAÇÃO COMO FATURAMENTO.IMPOSSIBILIDADE Os resultados com operações de venda e compra de títulos da dívida pública em moeda estrangeira caracterizam-se como receitas financeiras, não sujeitas à incidência da Cofins, no caso de pessoa jurídica não financeira, anteriormente a fevereiro de 1999. Recurso de ofício negado". (Ac. 201-78971, rel. Conselheira Josefa Maria Coelho Marques, de 08.12.2005, DOU, SI, de 15.03.2007, p. 63).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e atende às demais formalidades legais.

Preliminar de Decadência

Inicialmente deve ser acolhida a preliminar de decadência suscitada pela recorrente, em conformidade com a Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em 12 de Junho de 2008, estendendo os efeitos do julgado a todos os casos ainda não definitivamente julgados, na via judicial e também administrativa com efeitos “*erga omnes*” (cf. art. 103-A da Constituição Federal), declarando a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991, nos seguintes termos:

“Em sessão de 12 de junho de 2008, o Tribunal Pleno editou os seguintes enunciados de súmula vinculante que se publicam no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.417/2006:

Súmula vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Precedentes: RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008, RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008, RE 559.882, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.943, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/6/2008, RE 106.217, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/9/1986; RE 138.284, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/8/1992

Legislação

Decreto-Lei nº 1.569/1997, art. 5º, parágrafo único Lei nº 8.212/1991, artigos 45 e 46 CF, art. 146, III Brasília, 18 de junho de 2008.

Ministro Gilmar Mendes Presidente

(DOU nº 117, de 20/06/2008, Seção I, pág. 1)

Assim sendo, de acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula editada pelo STF, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, *in verbis*:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.



§ 2º *Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.*

§ 3º *Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."*

Portanto, com razão a recorrente quanto à decadência dos fatos geradores ocorridos até a competência 01/1999, inclusive, tendo em vista que a ciência ao auto de infração se deu em 27/02/2004 (fl. 73).

Mérito

Em relação ao período remanescente, 02/1999, a recorrente noticia que requereu em juízo, através do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.026560-0, contra o alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, promovido pela Lei nº 9.718/98 (petição fls. 123/135), cuja decisão definitiva prolatada pelo Min. Eros Grau, do STF, nos autos do RE-483.035, foi no seguinte sentido:

RE/483035 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Procedência: SÃO PAULO

Relator: MIN. EROS GRAU

Partes RECTE(S) - S.P.E.L. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A

ADV.(A/S) - JOSÉ ARNALDO DA FONSECA FILHO

ADV.(A/S) - ANGELA PAES DE BARROS DI FRANCO

RECDO (A/S) - UNIÃO

ADV.(A/S) - PFN - PATRÍCIA MELLO DE BRITO

Matéria: DIREITO TRIBUTÁRIO | Crédito Tributário | Base de Cálculo

DIREITO TRIBUTÁRIO | Contribuições | Contribuições Sociais | Cofins

DECISÃO: Discute-se nestes autos a constitucionalidade da Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998, que alterou a base de cálculo e a alíquota da contribuição para o PIS e a COFINS. 2. O Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718, de 27 de novembro de

1998, ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, sessão do dia 09.11.2005. 3. Este Tribunal entendeu que a Lei n. 9.718/98 ampliou o conceito de



faturamento que estava expresso no artigo 2º da Lei Complementar n. 701 ao defini-lo como "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". 4 A redação original do artigo 195, I, da Constituição do Brasil estabelecia que a contribuição incidiria sobre o faturamento. A EC 20/98 deu nova redação a esse preceito constitucional ao ampliar a incidência para a receita ou para o faturamento. A Lei n. 9.718/98, artigo 3º, inciso I, ofendeu o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição do Brasil ao criar a nova fonte de contribuição por não ter observado a técnica de competência residual da União [CB/88, artigo 154, I, c/c artigo 195, § 4º]. 5. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98 na parte em que acrescentou receitas diversas daquelas do produto da venda de mercadoria, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza ao conceito de receita bruta do contribuinte [LC 70/91, artigo 2º] A instituição de nova fonte destinada à manutenção da seguridade social somente seria admissível pela via de lei complementar [CB/88, artigo 195, § 4º]. 6. No que concerne à alíquota da contribuição para a COFINS, a Lei Complementar n. 70/91 estabelecia a percentagem de 2% [dois por cento] sobre o faturamento, assim entendida a receita bruta decorrente da venda de mercadoria, de mercadorias e serviços ou de serviços. A Lei n. 9.718, publicada em 28.11.98, em seu artigo 8º, majorou a alíquota para 3% [três por cento]. Sustenta-se a inobservância do prazo nonagesimal previsto no artigo 195, § 6º, da Constituição e, conseqüentemente, a inexigibilidade da exação a partir do dia 1º de fevereiro de 1999. 7. A Lei n. 9.718/98 é lei de conversão da Medida Provisória n. 1.724/98. Assim, o prazo nonagesimal a que se refere o artigo 195, § 6º, da Constituição há de ser contado a partir da edição desse primeiro ato legislativo, consoante decidiu o Plenário do Supremo no julgamento RE n. 197.790, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 21.11.97. São reiteradas as decisões deste Tribunal nesse sentido: RE n. 232.896/PA, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º.10.1999; RE n. 205.060/RS-ED-ED-Agr, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 23.02.2001, RE n. 283.739/RS, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 06.11.2001. 8. Tem-se que a exigibilidade da exação a partir de 1º de fevereiro de 1999 [Lei n. 9.718/98, artigo 17, I] encontra amparo na jurisprudência do Tribunal, contado o prazo nonagesimal a partir da edição da Medida Provisória n. 1.724, de 29 de outubro de 1998. Insubistente, nesse ponto, a impugnação extraordinária. 9. No que concerne ao direito à compensação prevista no artigo 8º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 e à alegação de ofensa ao princípio da isonomia tributária, recorro que a matéria passou pelo crivo deste Tribunal no julgamento do RE n. 336.134/RS, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 16.05.2003. O Supremo refutou a tese do contribuinte: não há similitude entre a situação do contribuinte sujeito à COFINS e à CSLL, ao qual deferiu-se o direito à compensação, e a do que está obrigado tão-só à COFINS. Em consonância com os precedentes referidos, conheço parcialmente do recurso na parte em que suscitada a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS/COFINS, porque declarada pelo Supremo Tribunal a

inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998 [RREE ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, sessão do dia 09.11.2005], e, nessa parte, dou-lhe provimento (CPC, artigo 557, § 1º). Publique-se. Brasília, 24 de março de 2006. Ministro Eros Grau – Relator)

De fato, todas as receitas que não dizem respeito às atividades normais da empresa, isto é, que não fazem parte de seu objeto social, não devem compor a base de cálculo do PIS e COFINS, em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, pelo Pleno do STF, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, que considerou inconstitucional a ampliação do conceito de faturamento para abarcar a totalidade das receitas das empresas, por entender que a majoração da base de cálculo da contribuição por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

A partir dessas decisões, o STF vem aplicando reiteradamente a mesma interpretação em seus julgados, conforme demonstram, por exemplo, as seguintes ementas:

“1 Recurso extraordinário. 2 PIS - Programa de Integração Social. Alteração da base de cálculo. Conceito de faturamento Lei nº 9.718/98 e Lei Complementar nº 07/70. 3 Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 388830 / RJ. Relator Min. GILMAR MENDES Julgamento: 14/02/2006)

“1. Recurso extraordinário: inépcia: inoportunidade. Histórico da causa e demonstração do cabimento do recurso - que, na hipótese da alínea a, se confunde com 'as razões do pedido de reforma da decisão recorrida' - suficientemente delineados nas razões da recorrente, possibilitando a perfeita compreensão da controvérsia. 2 COFINS: base de cálculo: L. 9.718/98, art. 3º, § 1º: inconstitucionalidade. Ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.” (RE-AgR 308882/PR. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 14/03/2006)

“AÇÃO CAUTELAR. Tributo. Contribuição social COFINS. Majoração da alíquota Art 8º da Lei nº 9.718/98. Pretensão de outorga de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Norma declarada constitucional pelo Supremo. Agravo improvido. Não se admite tutela cautelar de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário que arguiu inconstitucionalidade de norma que o Supremo reputou constitucional.” (AC-AgR 892/SP. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/02/2006)

A definitividade da decisão do STF é comprovada pela proposta de edição de Súmula Vinculante que se encontra em tramitação naquela corte, com o seguinte teor, *verbis*:



7

“Enunciado: ‘É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais’

Precedentes: RE nº 346.084 Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.09.2006; RE nº 357.950, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006; RE nº 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/08/2006; RE nº 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/08/2006.”

Para regulamentar as situações em que tenha havido decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo expediu o Decreto nº 2.346/97, que assim dispôs, no seu art. 4º, parágrafo único, *verbis*:

“Art. 4º (...)

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 art. 1º do Decreto nº 2.346/97 tornou vinculante para a Administração Pública as decisões definitivas do STF que fixem a interpretação do texto constitucional, enquanto que o parágrafo único do seu art. 4º impõe aos órgãos administrativos de julgamento o afastamento, nos casos pendentes de julgamento, da norma declarada inconstitucional.

Esse entendimento pode ser confirmado pelo atual Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, através do inciso I, do parágrafo único, do art. 62, nos seguintes termos:

“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.” (grifos acrescidos).

Entretanto, no presente caso, em que o contribuinte fez a opção por discutir o alargamento da base de cálculo perante o Poder Judiciário, impossibilitando a discussão concomitante na via administrativa, ensejando em não conhecimento do recurso, nessa parte, em razão do disposto no art. 78, § 2º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (publicada no DOU de 23 de junho de 2009, Seção I, fls. 34/39, retificado no DOU de 26 de junho de 2009, Seção I, fl. 23):

“Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

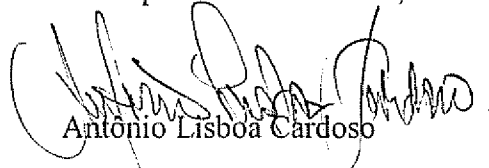
§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.”

A esse respeito, o assunto encontra-se inclusive pacificado através da Consolidação das Súmulas do CARF:

“Súmula CARF Nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Em face do exposto, voto no sentido de afastar a exigência em relação aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 09/1998 a 01/1999, inclusive, por estarem extintos pela decadência, uma vez que a recorrente teve ciência do auto de infração somente em 27/02/2004 (fl. 73), e, quanto ao período remanescente (02/1999), voto por não conhecer do recurso, em razão da recorrente ter optado pela discussão do alargamento da base de cálculo determinado pela Lei nº 9.718, de 1998, através da via judicial.


António Lisboa Cardoso