



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

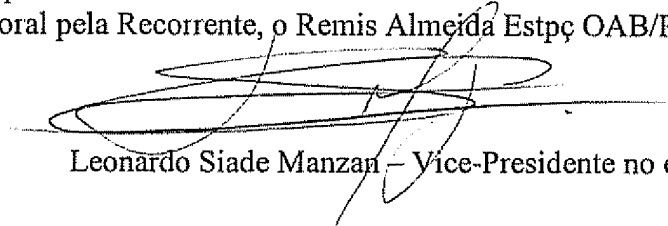
Processo nº 19515.003627/2003-00
Recurso nº 253.650 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.836 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de setembro de 2010
Matéria COFINS - FALTA DE RECOLHIMENTO - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÕES
Recorrente ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

COFINS – BASE DE CÁLCULO – ART. 3º, § 1º, DA L. 9.718/98 - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF - EFEITOS. Já é do domínio público que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98 RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 - Inf./STF 408), proclamando 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. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito” e, “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Vencido o Conselheiro Paulo Sergio Celani (Suplente). Fez sustentação oral pela Recorrente, o Remis Almeida Estpç OAB/RJ nº 45.197


Leonardo Siade Manzan – Vice-Presidente no exercício da Presidência

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz, Paulo Sérgio Celani (Suplente) e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** (fls. 142/148) contra o v. Acórdão nº 16-13.841 exarado em 19/06/07 (fls. 118/124) pela 9ª Turma da DRJ de São Paulo - SP que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedente”, o lançamento original de **COFINS** (MPF nº 0819000/03108/03 fls. 19/23), notificado em 22/10/03 (fls. 21) no valor total de R\$ 540.484,05 (COFINS R\$ 297.576,25; e Juros R\$ 19.725,63; multa R\$ 223.182,17), que acusou a ora Recorrente de **falta de recolhimento da COFINS** no período de 31/12/02 a 30/08/03, em razão do que, a d. Fiscalização considerou **infringidos o art. 1º da LC nº 70/91, arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, , arts. 2º, inciso II e § único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02** devida a **multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC** nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. **decisão** de fls. 118/124 da 9ª Turma da DRJ de São Paulo – SP, houve por bem “julgar procedente”, o lançamento original de **COFINS**, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/08/2003

COFINS - BASE DE CÁLCULO - O conceito de receita para os fins da tributação da COFINS é aquele disposto em lei. Com a Lei nº 9.718/98 a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, incluindo as receitas financeiras, é tributada pela COFINS.

INCOMPETÊNCIA INCONSTITUCIONALIDADE E INVALIDADE DAS NORMAS - A Administração é carecedora de competência para apreciar questões sobre a constitucionalidade e/ou invalidade das normas, o referido controle encontra no Poder Judiciário o seu foro apropriado. O art. 7º da Portaria MF nº 58/2006 determina que os julgadores observem as normas legais e regulamentares, assim como o entendimento expresso em atos normativos.

Lançamento Procedente”

Em suas razões de Recurso Voluntário (fls. 142/148) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve tendo em vista: a) a legitimidade das exclusões da base de cálculo da COFINS glosadas pela d. Fiscalização (receitas provenientes de juros s/ aplicação financeira, juros recebidos de clientes, aluguel de bens imóveis e demais receitas operacionais)

que deve incidir exclusivamente sobre o faturamento tal como proclamou a Suprema Corte; e
b) ilegalidade da multa de ofício e juros à Taxa SELIC.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece ser parcialmente provido.

Realmente, já é do domínio público que, “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” (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/06, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 16/06/06, pág. 17 EMENT VOL-02237-03 PP-00481; Ac. da 1ª Turma do STF nos Emb. Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52 EMENT VOL-02238-03 PP-00428; Ac. da 1ª Turma nos Emb. Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, EMENT VOL-02238-03 PP-00538), anteriormente à EC nº 20/98.

Nesse particular, releva notar que o pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou exigência administrativa tinha efeito vinculante e eficácia subordinante, eis que a desobediência à autoridade decisória dos julgados proferidos pelo STF importa na invalidação do ato que a houver praticado (cf. Ac. do STF-Pleno na Reclamação nº 1.770-RN, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 187/468; cf. Ac. do STF-Pleno na Reclamação nº 952, rel. Min. Celso de Mello publ. in RTJ 183/486).

Por seu turno, analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o E. STJ recentemente esclareceu que “a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito” e, “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF”. (cf.

Ac. da 1ª Turma do STJ no RESP nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/06, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, publ. in DJU de 15/05/06, pág. 186)

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (art. 150, inc. I da CF/88; arts. 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às base de cálculos do COFINS e PIS PASEP adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.

No caso concreto verifica-se que as acusações fiscais do lançamento fiscal excogitado, se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais (receitas provenientes de juros s/ aplicação financeira, juros recebidos de clientes, aluguel de bens imóveis) que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, o que, nos termos da Jurisprudência citada “torna ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação”.

Finalmente, como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ. Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf Ac. da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/06, Rel. Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 29/05/06 p. 169)

Isto Posto voto no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao **Recurso Voluntário**, para reformar a r. **decisão recorrida** e cancelar as exigências fiscais de contribuições, multa e juros consubstanciadas nos Autos de Infração inicialmente referenciados

incidentes sobre receitas provenientes de juros s/ aplicação financeira, juros recebidos de clientes, aluguel de bens imóveis variação cambial mantendo no mais a r. decisão recorrida.

É como voto.



FERNANDO LUIZ DA GÁMA LOBO D'EÇA