



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	19515.004419/2003-10
Recurso nº	139.450 Voluntário
Matéria	Cofins e PIS
Acórdão nº	202-18.538
Sessão de	22 de novembro de 2007
Recorrente	PROCOMP INDÚSTRIA ELETRÔNICA LTDA.
Recorrida	DRJ em São Paulo - SP

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/1999

Ementa: COFINS E PIS. BASE DE CÁLCULO. VARIAÇÃO CAMBIAL.

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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22/02/07
Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Signe 92336

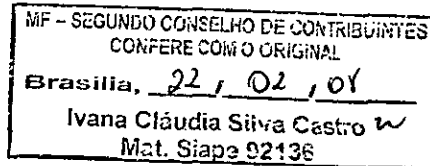
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para excluir as receitas financeiras da base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins.


ANTÔNIO CARLOS ATULIM
Presidente


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Antônio Lisboa Cardoso.



Relatório

Contra a empresa nos autos qualificada foram lavrados autos de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins e a Contribuição para Programa de Integração Social - PIS, no período de apuração de 01/03/1999 a 31/12/1999.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida:

“Em cumprimento do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) n.º 08.1.90.00-2002-03027-5 e prorrogações (fl.01 e 02.), no domicílio fiscal do contribuinte acima identificado, foram efetuados os lançamentos de ofício da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fls. 85 a 87) e da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) (fls. 234 a 236), ambos relativos aos mesmos períodos de apuração: de março a dezembro de 1999, perfazendo, à época, crédito tributário no valor de, respectivamente, R\$ 1.888.154,38 e R\$ 409.099,94, aí incluídos juros de mora e multa de ofício.

2. Conforme os Termos de Verificação Fiscal (fls. 80 a 82 e 229 a 231), a empresa deixou de incluir nas bases de cálculo da COFINS e do PIS, os valores referentes a receitas financeiras no período de maio a agosto e dezembro de 1999. Tampouco incluiu, também, os ganhos decorrentes da valorização do real em relação ao dólar obtidos nos meses março, abril, setembro e novembro de 1999.

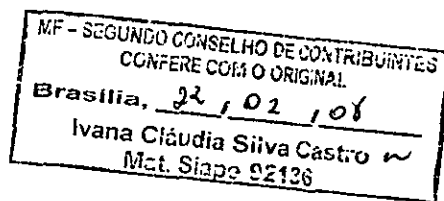
3. Questionado a respeito, a contribuinte declarou que já havia submetido as variações positivas à tributação de PIS e COFINS nos meses de fevereiro a abril de 1999 e que os ajustes posteriores se referem aos valores já tributados anteriormente e se, incluídos novamente, teria os valores tributados em duplicidade.

4. A Fiscalização demonstrou não ter razão a contribuinte, pois as variações anteriormente ocorridas foram lançadas como despesas, conforme constatou na movimentação da conta 0044.1503.00004-DESPESAS FINANCEIRAS – Empréstimos Financeiros Moedas Estrangeiras.

5. Desse modo, em 09/12/2003, foi efetuado o lançamento referente a COFINS e ao PIS, relativos a esses valores não incluídos anteriormente na base de cálculo das contribuições.

6. Os enquadramentos legais dos lançamentos são os seguintes:

7. - COFINS – art. 77, inciso III do Decreto-Lei n.º 5.844/43, art. 149 da Lei n.º 5.172/66; art. 1.º da Lei Complementar n.º 70/91; arts. 2.º, 3.º e 9.º da Lei n.º 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória n.º 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória n.º 1.858/99 e suas reedições.



8. - PIS – art. 77, inciso III do Decreto-Lei n.º 5.844/43, art. 149 da Lei n.º 5.172/66; arts. 1.º e 3.º, alínea “b” da Lei Complementar n.º 07/70; art. 1.º, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 17/73; Título 5, capítulo 1, alínea ‘b’, itens I e II, do Regulamento PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF n.º 142/82; art. 2.º, inciso I, art. 8.º, inciso I, e 9.º da Lei n.º 9.715/98; arts. 2.º e 3.º e 9.º da Lei n.º 9.718/98.

9. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 09/12/2003, o contribuinte protocolizou em 08/01/2004 as impugnações, às fls. 90 a 105 (COFINS) e fls. 239 a 253 (PIS), de mesmo teor, nas quais alega fundamentalmente o seguinte:

9.1. Alega preliminarmente que a Lei n.º 9.718/1998 é inconstitucional e nem mesmo a edição da EC n.º 20/1998 tornou-a legal, sendo necessária a elaboração e publicação de nova lei, fato que não ocorreu e, portanto, não cabe a sua aplicação pois a inconstitucionalidade de uma lei, implica em sua nulidade absoluta.

9.2. Com a desvalorização do dólar nos meses de março, abril, setembro e novembro de 1999, a impugnante simplesmente recuperou parte de suas despesas com empréstimos, não podendo, esses valores ser confundidos com receitas de variação cambial. Do mesmo modo não pode ser considerada receita a variação positiva do dólar no período de maio a agosto e dezembro, esse valor não recompôs a redução sofrida nos outros meses, razão pela qual não se pode considerá-las receitas a ser tributadas.

9.3. Desse modo, a tributação de meros ajustes de valores nos registros contábeis da empresa, configura-se uma ofensa ao princípio da capacidade contributiva da impugnante, o que é inconstitucional.

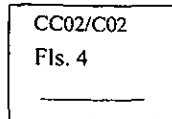
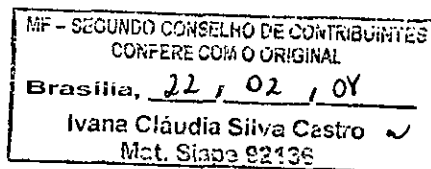
9.4. Além disso, argumenta que a Fiscalização não levou em conta o art. 31 da Medida Provisória n.º 1858-10/99, atual MP n.º 2.158-35, que teria aplicabilidade obrigatória no caso presente, tanto para a variação cambial sobre o ativo quanto sobre o passivo.

9.5. Por fim reclama que, segundo essa mesma MP, teria direito à exclusão de parte do que foi pago no mês de fevereiro de 1999 e requer que a mesma seja considerada no eventual lançamento fiscal remanescente.

9.6. Ao final requer a improcedência do lançamento ou a improcedência parcial, determinando que seja excluída a parcela excedente de receita de variação cambial, tanto do ativo como do passivo, conforme o art. 31 de MP n.º 2.158/2001.

10. O processo em exame, que inicialmente continha apenas a documentação relativa ao lançamento de COFINS, recebeu por anexação os autos do processo n.º 19515.004419/2003-10, referente ao lançamento de PIS, em virtude do disposto na Portaria SRF n.º 6.129/2005.

11. É o relatório.”



Por meio do Acórdão DRJ/SPOI nº 16-9.963, de 08 de agosto de 2006, os Membros da 9ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP decidiram, por unanimidade, julgar procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/1999

Ementa: VARIAÇÃO CAMBIAL - RECEITA FINANCEIRA- As variações monetárias ativas dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, são consideradas receitas financeiras, integrando a base de cálculo da Cofins. A apuração da variação cambial no ano-calendário de 1999 é realizada de acordo com o regime contábil de competência, sendo que era facultado ao contribuinte, pelo art. 31 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, utilizar-se do regime de caixa (liquidação da obrigação) para apurar a variação cambial excedente ao regime de competência, mas somente tendo efeitos a partir de janeiro de 2000 e condicionada à comprovação.

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.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/1999

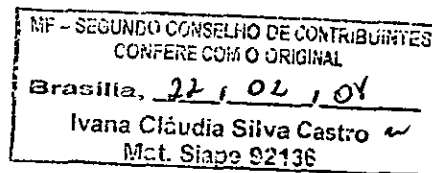
Ementa: VARIAÇÃO CAMBIAL - RECEITA FINANCEIRA- As variações monetárias ativas dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, são consideradas receitas financeiras, integrando a base de cálculo da Cofins. A apuração da variação cambial no ano-calendário de 1999 é realizada de acordo com o regime contábil de competência, sendo que era facultado ao contribuinte, pelo art. 31 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, utilizar-se do regime de caixa (liquidação da obrigação) para apurar a variação cambial excedente ao regime de competência, mas somente tendo efeitos a partir de janeiro de 2000 e condicionada à comprovação.

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.

Lançamento Procedente".

Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente, alega que:

- i. o pleno do STF já declarou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, razão porque a administração deverá deixar de aplicá-la;

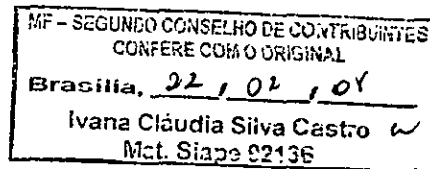


- ii. o procedimento adotado pela contribuinte relativamente à variação cambial, em que os ajustes foram feitos por decréscimo mediante estornos de receitas e despesas de variação cambial, não trouxeram qualquer prejuízo ao Fisco;
- iii. para argumentar, caso a Lei nº 9.718/98 seja considerada constitucional, os valores do lançamentos estariam incorretos, uma vez que o Auditor-Fiscal não aplicou o disposto no art. 31 da Medida Provisória nº 1.858-10, de 26 de dezembro de 1999.

Consta dos autos depósito administrativo, na época, obrigatório para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.





Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

Tratam os autos de exigência de Cofins e do PIS sob entendimento de que “as receitas financeiras” decorrentes variação cambial devem integrar a base de cálculo das contribuições. Sendo que, no entender da fiscalização, a apuração da variação cambial no ano-calendário de 1999 é realizada de acordo com o regime contábil de competência, facultado ao contribuinte, pelo art. 31 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, utilizar-se do regime de caixa (liquidação da obrigação) para apurar a variação cambial excedente ao regime de competência, mas somente tendo efeitos a partir de janeiro de 2000 e condicionada à comprovação.

Na verdade, várias matérias norteiam o julgamento. A primeira diz respeito à aplicabilidade ou não da Lei nº 9.718/98 relativamente à **base de cálculo**, uma vez que entende a contribuinte que, para sua determinação, não deveriam ser incluídas as receitas financeiras. As demais matérias, se e somente se, superada a primeira análise (admitir as receitas no conceito de receita e inclusão da base de cálculo), consistem em determinar: (i) o momento de inclusão na base de cálculo, ou seja, se pelo regime Caixa, ou somente quando da liquidação da operação financeira, independentemente da opção do regime adotado pela contribuinte; e (ii) reflexos da previsão contida no art. 31 da Medida Provisória nº 1.858-10, de 26/10/99, e Medida Provisória nº 2.158, de 24 de agosto de 2001.

Penso que a questão pode e deva ser resolvida tão-somente na análise da aplicabilidade ou não da Lei nº 9.718/98, relativamente à **base de cálculo**, uma vez que se trata apenas de exigência de variações monetárias (receitas financeiras).

Com efeito, 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.

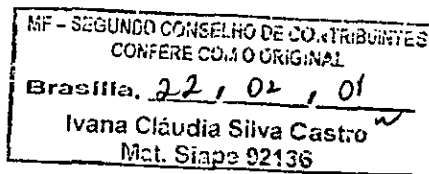
Com o advento da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo da referida contribuição foi ampliada, e passou a incidir sobre qualquer receita (receita bruta), mesmo aquelas que não se enquadram no conceito de faturamento:

Lei nº 9.718/98:

“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 irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”



Quanto à inclusão na base de cálculo de receitas financeiras e outras estranhas à atividade da empresa, em razão da recente sentença proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, entendendo serem pertinentes as alegações da recorrente. Tal entendimento encontra-se referenciado no encerramento do julgamento (RE 390840/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 390840/MG, apreciado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09/11/2005, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, foi julgado e decidido consoante a seguinte ementa:

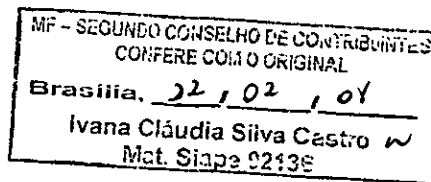
"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. 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. Sobreposição 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 do Ministro relator:

"Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo a 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 digressão acerca da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, 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."

E mais adiante, continua, após reproduzir o texto do art. 3º:

"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."

Após transcrever o § 1º do art. 3º, arremata:

"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.

(...)

A 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."

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22 / 02 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siapp 92136
--

CC02/C02 Fls. 9

Destarte, há de se observar que consoante dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito, devendo a Administração Pública, segundo dispõe o *caput*, obedecer, dentre outros, aos 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 *non sense* e mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados da Lei nº 9.784/99, manter a exigência tributária, remetendo a contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagarem por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à *via crucis* do *solve et repete*.

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

"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 no 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 e as exceções à regra por este estabelecida, conforme se confere a seguir:

Da Redação



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22 / 02 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Siage 92136
--

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

III - para a obtenção de ordem lógica:

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

Analisando-se o art. 4º do Decreto nº 2.346/97 tem-se que o disposto no *parágrafo único* se constitui em uma exceção à regra estabelecida no *caput*, pelo simples motivo de o *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, julgo equivocada a interpretação adotada por alguns para o art. 4º, *parágrafo único*, deste mesmo decreto, no sentido de que a não aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, por órgão julgador, singular ou coletivo, da Administração Fazendária, só é possível quando houver a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta. O que o referido dispositivo estabelece é que, quando houver a declaração de inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo federal pelo Supremo Tribunal Federal, o órgão julgador deve afastar-lhe a aplicação. O dispositivo veicula um mandamento peremptório, de observância obrigatória e inafastável. Declarada a inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do dispositivo, fica vedada sua aplicação pelo órgão julgador.

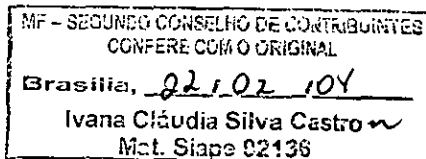
O art. 4º, *parágrafo único*, há de ser interpretado de forma sistemática e integrada ao art. 1º. As hipóteses tratadas nos citados dispositivos são diversas. Enquanto o art. 4º trata de hipótese de declaração de inconstitucionalidade em ação direta, o art. 1º refere-se à mera interpretação do texto constitucional, o que impede se os trate como disposições inconciliáveis, conforme antiga lição de Carlos Maximiliano:

"Verifique se os dois trechos se referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque cada um tem sua esfera de atuação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente."

Disso resulta que, segundo as disposições do Decreto n. 2.346/97, declarada, em ação direta, a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo federal pelo Supremo Tribunal Federal, fica vedado ao órgão julgador aplicá-lo (art. 4º, § único), o que não significa, de modo algum, que quando a declaração de inconstitucionalidade não se der em ação direta, a orientação da Corte Suprema não deva ser observada. Nestas situações é que se aplica o art. 1º, devendo o órgão julgador observar em seus julgados a orientação fixada pela jurisprudência da Corte Suprema."

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 da prestação de serviços.





Conclusão

Em face do acima exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, e deste modo exonerar a contribuinte dos créditos de PIS e da Cofins lançados no auto de infração, tendo em vista o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF, ficando prejudicada a análise das demais matérias.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

