



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

Processo nº 10280.002285/2003-29
Recurso nº 231.768 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.690 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2010
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO - COMPENSAÇÃO NAO COMPROVADA - ALARGAMENTO BASE DE CÁLCULO - INCONSTITUCIONALIDADE MULTA E JUROS DE MORA
Recorrente INDÚSTRIA DE CONSERVAS PAMAR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/04/2001 a 31/12/2002

BASE DE CÁLCULO. REGIME DA CUMULATIVIDADE. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FATURAMENTO.

Por conta da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, que promoveu o alargamento da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à Cofins, de se incluir na base de cálculo das contribuições apenas o faturamento, este considerado o produto da venda de mercadorias e/ou serviços, e, por conseguinte, excluir quaisquer outras receitas que não aquelas. No caso, apenas nos períodos de apuração de maio e novembro de 2001 e de janeiro de 2002 é que tal entendimento se aplica; isso em face de somente neles terem sido oferecidas à tributação o valor de outras receitas que não apenas o faturamento.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. AUMENTO DA ALÍQUOTA DA COFINS, MULTA DE OFÍCIO E JUROS SELIC.

De acordo com o enunciado da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

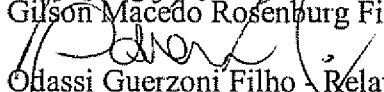
Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado: I) por unanimidade de votos, em não conhecer da matéria referente à análise de inconstitucionalidade; e II) na parte conhecida, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

C 1

Vencido o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis que não afasta a aplicação do art. 3º da Lei nº 9.718/98. O Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho votou pelas conclusões.


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

Odassi Guerzoni Filho - Relator

EDITADO EM 20/05/2010

Participaram do julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Clauter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O presente processo retorna a esta Turma após a realização de diligência determinada pela Resolução nº 203-00.816, proferida pela então denominada Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes na sessão de 19 de junho de 2007 (fls. 195/199). Na ocasião, decidíramos que o processo devia ser municiado com informações mais claras acerca da compensação então alegada pela autuada, a qual, caso confirmada, poderia implicar na extinção e/ou redução do presente crédito tributário, sendo que referida compensação estaria suportada, segundo a autuada, por três decisões judiciais em curso. Assim, a diligência fora determinada no sentido de que fossem trazidas ao processo cópias das referidas três ações judiciais que versariam sobre a compensação de débitos, bem como das DCTF dos períodos de apuração constantes do auto de infração, e de demais esclarecimentos pormenorizados por parte da autuada acerca do procedimento de compensação que alegou ter efetuado.

Todavia, o *Termo de Encerramento de Diligência Fiscal*, fls. 229/230, lavrado em 26/11/2009, encaminhado à interessada por via postal, retrata as várias tentativas frustradas da fiscalização, iniciadas em 27/12/2007 e que se arrastaram até novembro de 2009, no sentido de executar ou de obter as informações e documentos solicitados. Primeiro, a empresa alegou não conseguir encontrar a documentação e solicitou a prorrogação de trinta dias para fazê-lo, sendo que, nova prorrogação, em março de 2008, foi solicitada. Após o retorno de um Termo de Reintimação Fiscal encaminhado pelos Correios com a indicação de que faltavam dados para a sua entrega, a fiscalização dirigiu-se pessoalmente ao endereço da empresa constante dos cadastros da Receita Federal e também não logrou êxito, já que, seguindo orientação dos respectivos vigias, foi encaminhada a dois novos logradouros nos quais não existia qualquer indício de que ali funcionasse a diligenciada. Nem mesmo os contatos por telefone que efetuou, a partir das informações constantes dos cadastros da Receita Federal em relação a um dos sócios trouxeram resultados, com a percepção das autoridades de que não havia qualquer interesse da empresa em atendê-las. Assim, a diligência foi concluída sem que a empresa tivesse apresentado nenhum dos documentos solicitados pela referida Resolução.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

Diante do aparente desinteresse da empresa em atender às solicitações do Fisco, passemos ao julgamento, pois, com os elementos que constam do processo.

Tratou-se de auto de infração da Cofins dos períodos de apuração de abril de 2001 a dezembro de 2002, lavrado em 04/07/2003, por conta da existência de diferenças entre os valores que a fiscalização apurou como devidos e os valores das contribuições que o contribuinte informou em DCTF e/ou recolheu.

O que chama a atenção no levantamento realizado pela fiscalização (fls. 69/70) é o fato de que em todos os meses a autuada declarou em DCTF e recolheu a importância de R\$ 11,00, exceto em relação ao mês de novembro de 2001, onde nada declarou e recolheu. Trata-se de manobra comumente encontrada em algumas empresas que veem nesse expediente uma vã tentativa de lograr os sistemas eletrônicos da SRF a fim de que não constem das listagens dos contribuintes que nada recolhem aos cofres públicos e sejam incluídos em programas de fiscalização. De todo modo, deixo aqui registrado que os tais R\$ 11,00 foram considerados e que o lançamento foi efetuado para se cobrar a diferença entre o devido e o recolhido.

Alargamento da base de cálculo da Cofins

O primeiro tema agitado pela Recorrente versa sobre o alargamento da base de cálculo da Cofins trazido pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e traz considerações acerca da ilegalidade de tal dispositivo, bem como defende a tese de que a Cofins não pode incidir sobre outras receitas que não apenas as decorrentes de seu faturamento, assim compreendido o produto das vendas de mercadorias e serviços, na linha do pronunciamento do STF a respeito.

Analisando, porém, cada uma das bases de cálculo que deram azo ao presente lançamento, informações essas que foram preenchidas pela própria autuada (fls. 41/44), constatei que a rubrica *Outras Receitas Auferidas* só apresenta valor diferente de zero nos meses de maio (R\$ 217,10) e de novembro (R\$ 814,50) de 2001, e em janeiro de 2002 (R\$ 225,40). Ou seja, somente em relação a esses períodos é que a questão do alargamento deve ser considerada, causando estranheza o pedido da Recorrente para que seja cancelado todo o auto de infração.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à questão do alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins envolvendo as empresas que tem como principal fonte de receitas o *faturamento* é cristalino e, salvo remotíssima possibilidade, não será modificado, até porque, ressalte-se, a própria Administração Tributária julgou por bem que o dispositivo fustigado fosse retirado de nosso ordenamento jurídico, a teor do disposto no artigo 79, inciso XII da Lei nº 11.941, de 27/05/2009¹, não havendo, ressalte-se, que se falar em aplicação retroativa de tal dispositivo; não se trata disso.

¹ Art. 79. Ficam revogados:
(...)

É que, conforme dito acima, restou pacificado para aquela Corte que, na vigência da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, o PIS/Pasep e a Cofins só podem se fazer incidir sobre o montante do faturamento, assim considerado apenas o produto da venda de mercadorias de bens e/ou serviços; nada além disso.

Por outro lado, a esperada edição de uma súmula vinculante e/ou de uma resolução senatorial tem, ao que parece, esbarrado nas dificuldades que aquela Corte encontra para estender tal entendimento às empresas de atividades operacionais diferenciadas, ou especiais, tais como as instituições financeiras e as seguradoras.

E esse fato, ou essa indefinição vinha servindo de mote para que eu me mantivesse firme na convicção ou no entendimento de que o PIS/Pasep e a Cofins incidiriam também sobre quaisquer outras receitas que não apenas o faturamento, na linha do enunciado no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, fulminado pela eiva de inconstitucionalidade.

Todavia, diante do quadro ou do posicionamento, como disse, para mim, irreversível do STF, e, ressalvo, ao menos, por enquanto, para as empresas comerciais e industriais que tem como receita principal apenas a venda de bens e/ou de serviços, portanto, o *faturamento*, me sinto obrigado a acatar tal entendimento e, doravante, passar a proferir meus votos na linha do julgado da Corte Suprema no Recurso Extraordinário 346.084 – Paraná, Relatoria Ministro Ilmar Galvão, conforme abaixo:

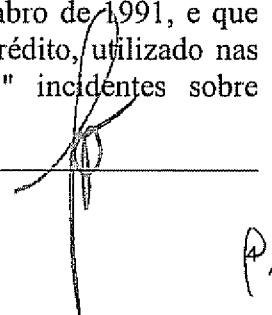
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – Pis – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98/98. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-se à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº Lei nº 9.718/98/98, 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.

Assim, na vigência da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, a base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins para as empresas que possuem como fonte de receita apenas o produto da venda de mercadorias e/ou de serviços deve ser buscada apenas no faturamento, nela não se podendo incluir, portanto, outras receitas que não essas.

De se excluir, pois do presente lançamento, a Cofins que incidiu sobre a rubrica *Outras Receitas Auferidas* nos meses de maio e novembro de 2001 e em janeiro de 2002.

Compensações supostamente efetuadas

A autuada não se preocupou em atender à diligência recomendada por este Colegiado de modo a comprovar as suas alegações de que o débito ora exigido teria sido objeto de compensação com base no artigo 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e que estaria suportado por ações judiciais. Dá a entender que o seu suposto crédito, utilizado nas alegadas compensações, teriam origem em recolhimento de "multas" incidentes sobre pagamentos "espontâneos" de tributos e contribuições.



Ora, a referida compensação do artigo 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991 era permitida apenas entre tributos da mesma espécie, e, no presente caso, longe ficamos de saber a quais rubricas se referem o suposto crédito utilizado, de modo que tais alegações não podem ser aceitas.

Assim, de se negar provimento ao recurso quanto à suposta compensação efetuada e não comprovada.

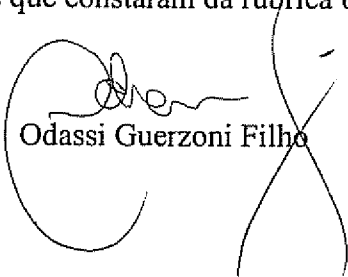
Inconstitucionalidades

Sob o argumento de que a majoração da alíquota da Cofins, de 2% para 3%, promovido pelo artigo 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998; de que a aplicação da multa de ofício de 75% e a incidência de juros mediante a aplicação da taxa Selic, são ilegais e inconstitucionais, cabe aqui a aplicação da **Súmula CARF nº 2**, consolidada no Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009, segundo a qual "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

De não se conhecer o Recurso Voluntário, portanto, na parte em que o mesmo suscita a existência de inconstitucionalidade na legislação tributária aplicada ao lançamento.

Conclusão

Em face de todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para excluir da base de cálculo da Cofins dos meses de maio e de novembro de 2001 e de janeiro de 2002, os valores que constaram da rubrica *Outras Receitas Auferidas*.


Odassi Guerzoni Filho