



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

Processo nº 10283.006146/2005-14
Recurso nº 256.650 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.234 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2010
Matéria COFINS
Recorrente ALFATEC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2000 a 31/12/2001

COFINS. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, o que, nos termos do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, permite a este conselho administrativo aplicar tal entendimento.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Antonio Carlos Atulim - Presidente


Robson José Bayerl – Relator

EDITADO EM 10/02/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim. Ausente o Conselheiro Ivan Alegretti.

Relatório

Cuidam estes autos de lançamento de Cofins, período 31/01/2000 a 31/12/2001, lastreado no art. 3º da Lei nº 9.718/98, envolvendo a não inclusão, na base de cálculo da referida contribuição, de parcelas restituíveis de benefício fiscal de ICMS concedido em legislação tributária de unidade da federação.

A autoridade fiscal reputou despiciente a discussão sobre a natureza da vantagem fiscal em comento, se incentivo, subvenção ou renúncia fiscal, em função do conceito de faturamento veiculado pelo § 1º, art. 3º do comentado diploma legal, o que afastaria o escopo de qualquer diferenciação acerca dos institutos.

Discordando da conclusão externada na autuação, o contribuinte impugnou o feito sustentando o descabimento da lavratura, cuja síntese, por bem retratada, retiro do relatório confeccionado pela autoridade julgadora de piso, *verbis*:

“1. Padeceria de injuricidade crônica o entendimento que aceitasse válido o Estado do Amazonas, renunciar uma parte substancial de sua arrecadação tributária, a título de incentivo e, em seguida, o valor assim subvencionado, viesse a ser submetido à tributação pelo PIS e pela COFINS, em favor da União, por considerá-lo uma receita da empresa;

2. Se tais fatos pudessem ser considerados insuficientes para demonstrar a ilegitimidade e a ilegalidade da pretensão de cobrar impostos e contribuições federais sobre o valor dos incentivos fiscais concedidos pelo Estado do Amazonas, haveria de ser considerado, no entanto, que o procedimento teria o condão de permitir à União o confisco de quase metade desse benefício;

3. Que, a (re) inclusão da parcela do valor do ICMS restituível na base de cálculo do PIS e da COFINS, por ter integrado o valor da operação no período de apuração correspondente, promoveria um patente caso de bis-in-eadem, impermitido, pois o valor devido ao Erário Estadual, a título de ICMS, já fora tributado pelo PIS e pela COFINS;

4. O preço pelo qual o produto incentivado é faturado ao comprador, em cada período de apuração – aí incluído o valor do ICMS – o qual integra, por inteiro, a base de cálculo do PIS e da COFINS, de modo que as referidas contribuições incidam, inclusive, sobre o valor total do imposto indicado na nota fiscal;

5. Incidindo, assim, ditas contribuições, sobre o valor total do ICMS debitado em cada operação de saída (ICMS indicado na NF), o ônus tributário terá recaído também sobre a parcela restituível do ICMS;



6. A devolução (restituição) ao contribuinte de parte do ICMS devido, a título de incentivo ao desenvolvimento sócio-econômico do Estado, representa apenas a recuperação imediata do montante anteriormente despendido, tal como ocorreria na eventual restituição do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF que a despeito de devido ocorrer do ano-calendário, ao seu cabo, torna-se restituível sem que, em virtude da devolução, se cogite de acréscimo patrimonial do beneficiário da restituição;

7. A pretensão de tributar a restituição parcial do ICMS recolhido pela contribuição ao PIS e pela COFINS é absolutamente indevida, pois estar-se-ia tributando mera recomposição patrimonial, ou simples recuperação de despesas tributárias;”

8. A base de cálculo estabelecida pelo Artigo 3º, § 1º, da lei nº 9.718, de 1998, que alterou o conteúdo semântico da expressão “faturamento” equiparando à “receita bruta” foi declarada inconstitucional, por maioria de votos, em decisão prolatada no RE nº 357.950 e outros, realizado no dia 9 de novembro de 2006.”

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém/PA, rechaçou as alegações apresentadas e manteve o lançamento em sua integralidade, em decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 31/01/2000 a 31/12/2001

Ementa:

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. PRECEITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade dos preceitos legais que embasaram o ato de lançamento. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário.

ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRATIVA. A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores, desde que não se traduza em súmula vinculante nos termos da Emenda Constitucional nº 45, DOU de 31/12/2004, pois a jurisprudência não faz parte da legislação tributária de que fala o art. 96 do Código Tributário Nacional.

INCENTIVO FISCAL. SUBVENÇÃO FISCAL. RENÚNCIA FISCAL. IRRELEVÂNCIA. Resta irrelevante se os valores ora discutidos, de fato, classificam-se como SUBVENÇÕES para investimento, SUBVENÇÕES para custeio, incentivo fiscal ou renúncia fiscal (“redução de despesa”), dado coadunarem-se, de um ou de outro modo, com a receita bruta conceituada como

acréscimo de patrimônio. A universalidade deste conceito foi confirmada pelo art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 para determinação da base de cálculo da COFINS. Ademais, independentemente do vocábulo utilizado, tal receita não se encontra dentre as possíveis de exclusão da base de cálculo da COFINS na forma do art. 3º, §2º, da Lei nº 9.718/1998. RESTITUIÇÃO DE ICMS. COFINS. Se o incentivo fiscal concedido pelo Estado-membro consiste na modalidade de restituição de valores de ICMS, tal pecúnia retorna aos cofres do sujeito passivo e, consoante universalização da base de cálculo da COFINS, deve sofrer tributação, seja registrada na contabilidade como isenção, seja como restituição, eis que acresceu o patrimônio da sociedade empresária.”

No recurso voluntário protocolado o contribuinte sustenta i) que o incentivo fiscal conferido pelo Estado do Amazonas não pode ser admitido como receita bruta auferida; ii) que, ainda que se admitisse como tal, faria jus ao repasse de 6% (seis por cento) ao “Fundo de Fomento às Micro e Pequenas Empresas – FMPE”, incidente sobre o valor da vantagem auferida; iii) que labora em erro a interpretação que tomasse as hipóteses contidas no art. 2º, § 2º da Lei nº 9.718/98 como *numerus clausus* (taxativa), eiecando uma série de rubricas contábeis que, mesmo ali não relacionadas, não sabidamente compõem a base de cálculo da exação; iv) que não houve acréscimo patrimonial em função do aludido beneplácito, que não se traduz em reembolso financeiro, mas mera operação contábil, tratando-se, isto sim, de redução de despesa tributária; v) que há relevância na definição da natureza do incentivo fiscal, a seu ver renúncia fiscal, o que afastaria por completo a possibilidade de inclusão no conceito de receita constante da legislação da Cofins, justamente pela inexistência de acréscimo patrimonial; e, vi) haveria o que chamou de “duplicidade de tributação – negativa”, onde o incentivo fiscal debatido, uma vez reconhecido como componente da apuração da contribuição, redundaria na tributação indireta do ICMS em duas oportunidades, demonstrando por exemplos matemáticos seus argumentos.

Ainda no bojo do recurso voluntário, fez juntar cópia de sentença proferida em mandado de segurança (processo nº 2005.32.00.001528-0), onde figura como impetrante o Centro da Indústria do Estado do Amazonas – CIEAM, concedendo a segurança para afastar a incidência do PIS e da Cofins sobre os incentivos fiscais recebidos do Estado do Amazonas a título de restituição e outorga de créditos de ICMS recebidos pelos associados da entidade.

Em que pese tal colação, o contribuinte não juntou qualquer elemento que comprove a sua filiação ao quadro de referida associação, tampouco informou se tal provimento continua vigente, eis que exarado em 12/09/2006.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Da leitura de toda explanação feita restou claro que o ponto nodal da questão reside em definir se o incentivo fiscal em comento deve ou não compor a base de cálculo da Cofins.



Neste diapasão, é indisputável que tal inclusão somente é possível a partir do conceito dilargado de faturamento, implementado pelas alterações da Lei nº 9.718/98, mormente, o art. 3º, § 1º, assim vazado: *“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”*.

Fixado o parâmetro de análise, entendo que o lançamento não pode prosperar, porquanto, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do assunto e concluiu pela inconstitucionalidade do aludido conceito de faturamento, em manifestação que reproduzo¹:

**BASE DE CÁLCULO DA COFINS E
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI
9.718/98**

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se, no entanto, de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde se vislumbra definitividade deste posicionamento, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Ressalto, no entanto, pelos próprios termos da manifestação do Supremo Tribunal Federal, que a majoração de alíquota prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/98, por seu turno, foi considerada constitucional, devendo a posição adotada na predita repercussão geral ser aplicada na íntegra.

No caso corrente, entretanto, não se verifica tal situação, uma vez que o lançamento se limitou à inclusão da parcela do benefício fiscal do ICMS, nada informando acerca da majoração da alíquota sobre o faturamento, dessumindo-se que o contribuinte, neste aspecto, observou a legislação.

Com espeque nesta assertiva, tenho tranqüilidade para aplicar as disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, incluído pela Lei nº 11.941/2009, assim redigido:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob

¹ Página virtual do STF: www.stf.jus.br. Repercussão Geral. Matéria com mérito julgado. Consulta realizada em 23/11/2009.

fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)". (grifado)

Diante das considerações tecidas, voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto.


Robson José Bayerl