



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10435.000323/2005-60
Recurso nº	133.919 Voluntário
Matéria	Cofins
Acórdão nº	202-17.835
Sessão de	27 de março de 2007
Recorrente	COMERCIAL BOA HORA ATACADO LTDA.
Recorrida	DRJ em Recife - PE

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/01/2004, 01/04/2004 a 30/06/2004, 01/08/2004 a 31/10/2004, 01/12/2004 a 31/12/2004

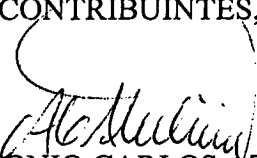
Ementa: BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS.

A base de cálculo da Cofins é a receita das atividades empresariais, por sentença proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006 e no ArGR nº 400.479/RJ – Segunda Turma.

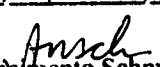
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

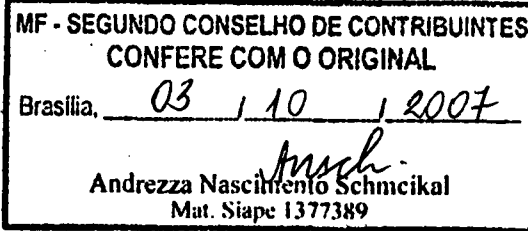
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.


ANTÔNIO CARLOS ATULIM
Presidente


NADJA RODRIGUES ROMERO
Relatora

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03 / 10 / 2007

Andrezza Nascimento Schmicikal
Mat. Siape 1377389

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente), Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.



Relatório

Contra a empresa retromencionada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 03 a 08 do presente processo, para exigência fiscal de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, referente aos períodos de janeiro de 2001 a janeiro de 2004 e abril a junho, agosto a outubro e dezembro de 2004.

O fiscal autuante descreve no corpo do auto de infração que a exigência fiscal decorre da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não-cumulativa a partir de 01/04/2004, conforme descrito às fls. 04/08 e no Termo de Encerramento de fl. 422.

Inconformada com o feito fiscal, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 427 a 438, acompanhada dos documentos de fls. 440 a 449, na qual pede o cancelamento do lançamento pelas suas razões a seguir resumidas:

- diversas competências foram declaradas e pagas;
- o auto de infração está fundamentado nas Leis nºs 9.718/98 e 10.833/2003, manifestamente inconstitucionais, posto que exigem o recolhimento da Cofins sobre a totalidade das receitas, afrontando a Lei Complementar nº 70/91. Ressalta a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/98. Acresce legislação e jurisprudência judiciais às suas alegações.

A DRJ em Recife - PE apreciou os argumentos trazidos na peça impugnatória e o que mais consta dos autos, decidindo por meio do Acórdão nº 13.491, de 10 de outubro de 2005, pela improcedência parcial do lançamento, com vistas a excluir da tributação os valores correspondentes aos fatos geradores ocorridos em abril, maio, junho e agosto de 2004, que está assim ementado:

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

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/01/2004, 01/04/2004 a 30/06/2004, 01/08/2004 a 31/10/2004, 01/12/2004 a 31/12/2004

Ementa: EXIGÊNCIA LEGAL. CONTRIBUIÇÃO E ACRÉSCIMOS LEGAIS.

A COFINS e os acréscimos legais exigidos no Auto de Infração estão previstos nas normas válidas e vigentes à época da constituição do respectivo crédito tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

Andreza

[Assinatura]

*AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DE VALOR PAGO ANTES DA
AÇÃO FISCAL.*

Exclui-se do lançamento o valor com prévio recolhimento da quantia cobrada, cujo pagamento é comprovadamente realizado para o período atuado e anteriormente ao início da ação fiscal.

Lançamento Procedente em Parte".

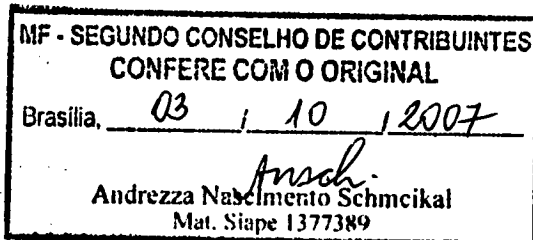
Às fls. 490/500, a contribuinte, irresignada com a decisão proferida pela Primeira Instância de Julgamento Administrativo, interpôs recurso a este Colegiado, no qual traz as mesmas alegações de defesa postas na impugnação, em relação à ampliação da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, nos arts. 2º e 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 (Cofins/Faturamento) e no art. 1º da Lei nº 10.833/2003, que conceituaram o faturamento como sendo a totalidade das receitas auferidas, ampliando indevidamente a base de cálculo da referida contribuição. Ao final, acresce que a matéria *sub-judice* já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que recentemente decidiu nos Recursos Extraordinários - REs nºs 357950, 358273 e 346084 pela inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

A contribuinte declara que não possui bens que possam ser arrolados, conseqüentemente pede o seguimento do recurso nos termos da IN SRF nº 264.

É o Relatório.

7/10/07

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>03</u> / <u>10</u> / <u>2007</u> <i>Ansch.</i> Andrezza Nascimento Schmcikal Mat. Siape 1377389



Voto

Conselheira NADJA RODRIGUES ROMERO, Relatora

O recurso preenche as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Segundo o relato, o recurso refere-se à exigência tributária de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, decorrente da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, na qual estão incluídas as receitas financeiras objeto do presente litígio.

A contribuinte, na fase inicial do procedimento fiscal, informou que as divergências apontadas pela fiscalização entre os valores apurados e os débitos declarados referem-se às Receitas Financeiras, de acordo com sua resposta à Intimação datada de 12/05/2003.

Na descrição dos fatos, no corpo do auto de infração, consta que o lançamento decorre de receitas financeiras não incluídas na base de cálculo da Cofins.

Nas peças defensivas, a contribuinte não discorda das diferenças apuradas, mas centra toda a sua inconformidade com a tributação das receitas financeiras, que diz não terem autorização legislativa, com o argumento de que o art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que ampliou a base de cálculo da Cofins, é ilegal e inconstitucional.

O que se observa, portanto, é o conformismo da contribuinte com as diferenças apuradas, entretanto, rejeita a inclusão das mesmas na base de cálculo da Cofins, com o argumento de que se trata de receitas financeiras.

Convém esclarecer que a autuação se deu quando o entendimento deste Colegiado era no sentido de que todas as receitas apuradas pelas pessoas jurídicas estavam sujeitas à inclusão na base de cálculo da Cofins e do PIS, por força do disposto na Lei nº 9.718/98. Entendimento este modificado a partir da decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, a qual transitou em julgado em 29/09/2006. O RE nº 390.840/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. Sobrepõe-se 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

mecc

J

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 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, tendo assim se manifestado o 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 a 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.”

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03 / 10 / 2007
Andrezza Nascimento Schimicikal
Mat. S/Imp. 1377389

Qual

↓

E 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.”

Mais adiante conclui:

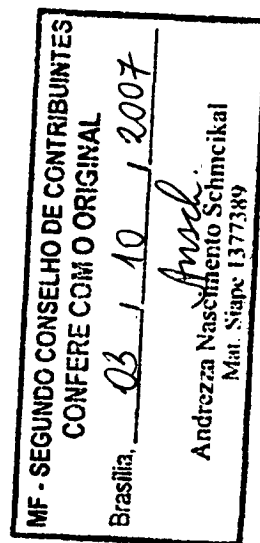
“A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso 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.”

Posteriormente, em 10/10/2006, o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do AgRg nº 400.479/Rj – 2ª Turma, *Ministro Relator Cezar Peluso* – afastou por completo os argumentos da empresa seguradora de que, na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, houve a limitação do conceito de faturamento às receitas de venda de mercadorias e/ou prestações de serviços, resultando na inclusão das receitas das empresas seguradoras na base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins, em face de o contrato de seguro não envolver a venda de mercadorias nem, tampouco, a prestação de serviços.

Em seu voto, o relator consignou:

“Seja qual for a classificação que dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominadas prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de cálculo de incidência das contribuições para o PIS e Cofins. Mormente após a declaração inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, o conceito de receita sujeita à exação tributária em comento envolve, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresarias”.

Esta Câmara, nos julgamentos da matéria posta nos presentes autos, a partir da decisão da Suprema Corte vem acompanhado o entendimento expressado nos julgados retro-mencionados. Com a ressalva de que o julgador administrativo tem como limite de decidir as normas legais em vigor, não lhe competindo apreciar constitucionalidades ou ilegalidades.



2006

ed

Também tem expressado esta Câmara que não compete ao julgador administrativo dar seqüência à 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 anteriormente citados da Lei nº 9.784/99 manter a exigência tributária, remetendo o contribuinte a duas vertentes possíveis: socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagar por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência, ou extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à *via crisis* do *solve et repete*.

Assim, diante de tal circunstância, é que esta Câmara vem afastando a exigência tributária que se encontra sob sua apreciação, cuja inconstitucionalidade já tenha sido declarada, porém, ainda não ampliada para os efeitos *erga omnes*, o que ocorrerá inexoravelmente por ser conduta formal do Poder Legislativo.

O entendimento também é sustentado pelo disposto no art. 4º do Decreto nº 2.346/1997, que assim dispõe:

"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;

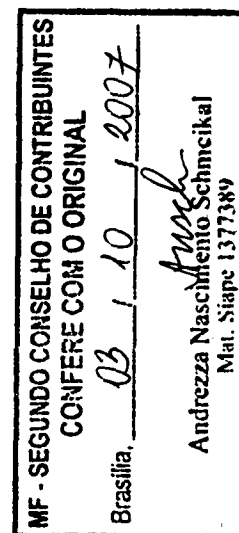
III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

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." (negritei).

Convém ressaltar que matéria em exame é a inclusão na base de cálculo de incidência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins exclusivamente das receitas financeiras, de acordo com o estabelecido na Lei nº 9.718/98. Agora, no momento do julgamento administrativo, encontra-se uma nova realidade, ou seja, o julgamento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, constituindo-se em decisão definitiva daquele Tribunal, uma vez que proferida pelo Pleno, com a participação e voto de todos os Ministros que o compõem.

Diante do exposto, devem ser afastados da base de cálculo da Cofins os valores correspondentes às receitas financeiras, tendo em vista haver sido declarado inconstitucional o comando legal que determinava a tributação de tal parcela.



Yusuf el

0

Assim, oriento meu voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário interposto pela interessada, para excluir da tributação da Cofins as parcelas relativas às receitas financeiras.

Sala das Sessões, em 27 de março de 2007.

Nadja
NADJA RODRIGUES ROMERO

