



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10580.726481/2010-37  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-001.603 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de março de 2014  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** CEREALISTA MONTEIRO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Não se cogita de nulidade processual, nem dos lançamentos, ausentes as causas delineadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, ou no 142 do CTN.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2007

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA.

A falta de apresentação, após reiteradas intimações, da escrituração na forma das leis comerciais e fiscais que permita a determinação do lucro real autoriza o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, no caso presente, com base na receita bruta conhecida.

LUCRO ARBITRADO. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal. (Súmula CARF nº 59).

PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo ao PIS, à Cofins e à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/1998, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE

FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo do PIS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Inadmissível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, não poderão integrar a base de cálculo da contribuição as receitas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

Cerealista Monteiro Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ Salvador/BA, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Trata o processo em questão de Autos de Infração, referentes ao ano-calendário de 2007, de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, às fls. 03 a 11, no valor de R\$1.130.006,76 (um milhão, cento e trinta mil, seis reais e setenta e seis centavos); de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, às fls. 12 a 19, no valor de R\$519.303,04 (quinhentos e dezenove mil, trezentos e três reais e quatro centavos); de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, às fls. 20 a 28, no valor de R\$1.392.821,19 (um milhão, trezentos e noventa e dois mil, oitocentos e vinte um reais e dezenove centavos); e de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, às fls. 29 a 37, no valor de R\$299.537,43 (duzentos e noventa e nove mil, quinhentos e trinta e sete reais e quarenta e três centavos), acrescidos da multa de ofício e de juros de mora.

O Auto de Infração de IRPJ foi proveniente de arbitramento do lucro, nos quatro trimestres do ano-calendário de 2007, com base no art. 530, inciso III, do RIR/1999, tendo em vista que o contribuinte, notificado reiteradamente a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, deixou de apresentá-los.

Os Autos de Infração relativos à CSLL, ao PIS e à COFINS decorreram do Auto de Infração de IRPJ. O enquadramento legal do Auto de CSLL aponta os arts. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988; art. 2 da Lei nº 9.249, de 1995; art. 29 da Lei nº 9.430, de 1996; e art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002. O enquadramento legal do Auto de COFINS aponta os arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002. No Auto de PIS, o enquadramento legal aponta os arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 07, de 1970; e arts. 2º, inciso I, alínea "a", e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002.

No Auto de Infração de IRPJ, o Autuante declara, em síntese, que:

- conforme Termo de Início do Procedimento Fiscal, lavrado em 09/12/2009, o sujeito passivo foi intimado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal. Encerrado o prazo sem atendimento, foi emitido o Termo de Reintimação Fiscal, em 20/01/2010, com o mesmo teor. Em 02/02/2010, foi solicitada e acatada prorrogação do prazo concedido, por 20 dias. Esgotado esse novo prazo sem manifestação do sujeito passivo, foi encaminhada uma mensagem, em 01/03/2010, via correio eletrônico, para que o contribuinte prestasse informações sobre cada um dos elementos requisitados nos termos anteriores;
- em 02/03/2010, foi recebido outro pedido de prorrogação do prazo, por mais 30 dias, juntamente com protocolo de entrega de cópias dos recibos de entrega da DCTF de janeiro de 2007 e do DACON de janeiro a dezembro de 2007. Em resposta, foi lavrado, em 16/03/2010, o Termo de Prorrogação de

Prazo e Intimação Fiscal, concedendo-lhe prazo até 05/04/2010, para apresentar os elementos já solicitados;

- em 24/03/2010, via correio eletrônico, o sujeito passivo entregou memórias de cálculo do PIS e da COFINS (não-cumulativos) referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2007 e, em 25/03/2010, encaminhou cópia do recibo de entrega da DCTF retificadora do período de dezembro de 2007. Estando o sujeito passivo sob procedimento de ofício, foram expedidas representações fiscais com vistas à suspensão de exigibilidade dos valores constantes das DCTF entregues no curso da ação fiscal;
- em razão da não apresentação dos livros da sua escrituração comercial e fiscal, procedo ao arbitramento do lucro, com base nos valores da receita bruta total, informados nas memórias de cálculo do PIS e da COFINS referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2007, conforme citado acima. Para fins de apuração dos valores devidos serão aproveitados os valores do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS que constam das DCTF apresentadas antes do início do procedimento fiscal, conforme "Demonstrativo de Receitas e Valores de DCTF", em anexo.

Às fls. 255 a 278, a pessoa jurídica apresentou impugnação ao feito fiscal, alegando, em resumo, que:

- o Auto de Infração é nulo de pleno direito, tendo em vista que a apuração da base de cálculo dos tributos através do lucro arbitrado é forma excepcional de tributação, que não se aplica ao caso concreto, porque o Contribuinte possuía, como possui, toda escrituração contábil e comercial revestida de todas as formalidades legais, não havendo indícios de fraudes, erros ou deficiências que tornem a contabilidade imprestável para identificar a movimentação financeira, bancária ou determinar o lucro real. Assim, não poderia o Auditor apurar o quanto devido a título de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ através do lucro arbitrado, em vista da completa possibilidade de recompor a receita bruta da Defendente, para fins de apurar o lucro real;
- portanto, está demonstrado que é nulo o Auto de Infração ora combatido, em face da violação à legislação processual e material que regula o tema, sendo este também o entendimento do Conselho de Contribuintes (transcreve ementas de acórdãos, bem como trechos de texto doutrinário). Saliente-se que o Contribuinte tem toda a documentação exigida pelo Auditor, que está à disposição, no intuito de comprovar seu lucro real. Não obstante, o Auditor optou por desconsiderar a contabilidade regular da Defendente, sem qualquer fundamento fático ou legal, aplicando indevidamente o instituto do lucro arbitrado, com base na regra contida no art. 530, II, do RIR/99 (transcreve);
- ora, se a Demandante possui escrituração regular, que possibilita a apuração do lucro real, não haveria espaço para se falar em lucro arbitrado, na forma do art. 288 do RIR/99 (transcreve o citado dispositivo, além de outras ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes). Frise-se que o arbitramento é medida excepcional, aplicável apenas quando não seja possível constatar-se a regularidade fiscal da empresa. Nesse sentido, transcreve outros textos doutrinários, concluindo que sua contabilidade está de acordo com a lei; os Diários estão registrados; o Razão guarda simetria com as declarações prestadas ao Fisco Federal, descabendo o arbitramento do lucro da empresa, na forma do pedido abaixo formulado, para fins de julgar nulo e improcedente o lançamento fiscal hostilizado;

- quando do levantamento das receitas da Peticionante, a Fiscalização considerou os números declinados no Demonstrativo da Composição da Base de Cálculo da COFINS do PIS, incluindo, de forma ilegal, o ICMS na base de cálculo dessas contribuições. O PIS e a COFINS são regulamentados, principalmente, pela Lei Complementar 70/91 e pelas Leis Ordinárias 9.718/98, 10.637/02, 10.833/03 e 10.865/04. Contudo, parte dessa legislação é inconstitucional, uma vez que faz incidir contribuição social sobre valores indevidos. O art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 alargou a base de cálculo das ditas contribuições, dando novo conceito para faturamento (receita bruta) (transcreve). Ocorre que o STF, recentemente, no julgamento de alguns Recursos Extraordinários, considerou inconstitucional o citado dispositivo legal, determinando o retorno da sistemática anterior, instituída pela LC 07/70, quanto ao PIS, e LC 70/91, quanto à COFINS;
- segundo tais Leis Complementares, receita bruta ou faturamento é o que decorra da venda de mercadorias ou serviços, não se considerando as demais receitas, tais como receitas financeiras, receitas de aluguéis, etc. Transcreve o art. 3º da LC 07/70, que instituiu o PIS, e o art. 2º da LC 70/91, instituidora da COFINS. A decisão do Pretório Excelso concluiu que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é inconstitucional porque, na época da edição da Lei, não havia na Constituição Federal dispositivo autorizando a modificação do conceito de faturamento (transcreve decisão do STF no julgamento do RE nº 357950). Assim, revela-se inconstitucional a cobrança do PIS e da COFINS incidentes sobre valores indevidos incluídos na base de cálculo do faturamento, mais especificamente o ICMS;
- a incidência do PIS e da COFINS, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo (ICMS) é flagrantemente ilegal e inconstitucional. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir o contrário é querer que a lei ordinária redefina conceitos constitucionais, alterando a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria. No exame do mérito no RE 240785, em 24/08/2006, seis ministros do STF deram provimento ao recurso, para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Como o STF tem onze membros, já está garantida a tese da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS (transcreve trecho do voto do relator). Diante do exposto, não resta dúvida que o valor do ICMS não configura faturamento, e o valor destacado na nota fiscal, para simples registro contábil-fiscal, não deve ser incluído na base de cálculo da COFINS e do PIS, justificando o pedido de improcedência da autuação;
- os juros, definidos como uma sanção pecuniária decorrente da impuntualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação principal, visa incentivar os contribuintes a não retardarem o recolhimento dos tributos. Conforme o art. 161, § 1º, do CTN, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês, caso a lei não disponha de forma contrária, o que só pode ser compreendido, através de uma interpretação sistemática e histórica, como a possibilidade de se estabelecer uma taxa menor que a prevista no CTN, nunca maior. O índice calculado através da taxa SELIC, determinado pelo art. 13 da Lei nº 9.065/95 e decidido pelo Banco Central do Brasil, é ilegal, devendo ser desconsiderado, pois aplicável somente no âmbito do sistema financeiro nacional. Destaque-se que o STJ, recentemente, no julgamento do RE nº 215.881, concluiu pela inconstitucionalidade da mencionada taxa, para fins tributários. Portanto, na hipótese de não se acolher os argumentos expostos

nos tópicos anteriores, requer sejam excluídos os juros calculados com base na taxa SELIC;

- por tudo o que foi acima exposto e provado, vem a Defendente requerer que seja conhecida a presente defesa, para que julgue totalmente nulo/improcedente o Auto de Infração, arquivando-se definitivamente o presente processo administrativo fiscal. Protesta pela produção de todos os meios de prova necessários para o deslinde da questão, com base no art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.

Juntamente com a impugnação, a Interessada trouxe aos autos os documentos de fls. 279 a 287.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 09-30.436 (fls. 1.318-1.324) de 09/07/2010, por unanimidade de votos, considerou parcialmente procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

*“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2007*

*NULIDADE. Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2007*

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. O afastamento da aplicabilidade de lei ou de ato normativo pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.*

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2007*

*ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA. A falta de apresentação da escrituração na forma das leis comerciais e fiscais que permita a determinação do lucro real autoriza o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, no caso presente, com base na receita bruta conhecida.*

*JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do SELIC está amparada em legislação ordinária e não contraria disposições constitucionais.*

*LANÇAMENTOS DECORRENTES. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*Confirmada, quando da apreciação do lançamento principal, a ocorrência dos fatos geradores que deram causa aos lançamentos decorrentes, há que ser dado a estes igual entendimento.*

*PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. EXCLUSÕES. A base de cálculo dessas contribuições é o faturamento, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, entendendo-se como tal o total das receitas auferidas, decorrentes da atividade exercida, admitindo-se a exclusão, tão-somente, das parcelas expressamente previstas na legislação disciplinadora de cada matéria, entre as quais não se encontra o valor do ICMS incidente sobre as vendas, que, portanto, compõe a receita bruta e, conseqüentemente, a base de cálculo do PIS e da COFINS.”*

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 18/04/2012 (A.R. de fl. 352) a interessada interpôs recurso voluntário em 26/04/2012 (fls. 325-341) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

### **Preliminar de nulidade do lançamento por impossibilidade do arbitramento**

Alega a Recorrente, em preliminar, a nulidade do lançamento tendo em vista a apuração da base de cálculo ter sido feita pelo lucro arbitrado, mesmo tendo a empresa sua contabilidade regular e revestida das formalidades legais.

De fato, o Auto de Infração de IRPJ, relativo aos quatro trimestres do ano-calendário de 2007, foi realizado com base na sistemática do lucro arbitrado. Isso porque, apesar de devidamente intimada e reintimada, a Contribuinte não apresentou sua escrituração contábil e fiscal.

É inteiramente descabida a razão invocada pela Recorrente para sustentar seu argumento quanto à nulidade dos lançamentos, qual seja, a de que o Fisco levou a efeito o procedimento de arbitramento do lucro da pessoa jurídica, por força de suposta falta de apresentação dos livros e documentos de sua escrituração. Veja-se, nesse sentido, o procedimento do Fisco.

- O Termo de Início do Procedimento de Fiscalização, às fls. 40 a 43, cientificado em de 11/12/2009, concedia o prazo de vinte dias para a Contribuinte apresentar, entre outros livros e documentos, o Diário e o Razão.
- Esgotado aquele prazo, sem qualquer pronunciamento da pessoa jurídica, foi encaminhado o Termo de Reintimação Fiscal, às fls. 44 a 47, de igual teor, cuja ciência se deu em 26/01/2010, concedendo mais cinco dias úteis para atendimento, que também não foi cumprido.
- Em 02/02/2010, o sujeito passivo finalmente se manifestou, às fls. 48 e 49, por meio de seu representante legal, mas apenas para solicitar prorrogação, por mais vinte dias do prazo para apresentação dos elementos solicitados pela Fiscalização.
- Em 01/03/2010 o agente fiscal entrou em contato com a empresa via correio eletrônico (fl. 50) tendo em vista que o prazo prorrogado encerrara-se em 22/02/2010, sem que fosse apresentado qualquer documento pela empresa.

- Em 02/03/2010 a Contribuinte ingressou com novo pedido de prorrogação de prazo, às fls. 51 e 52, agora, solicitando do Fisco mais trinta dias, para apresentação de sua escritura contábil.
- Em 19/03/2010, o sujeito passivo tomou conhecimento do Termo de Prorrogação de Prazo e Intimação Fiscal, às fls. 66 a 69, que acatou o seu pedido, ou melhor, foi ainda além, pois prorrogou o prazo até o dia 05/04/2010, ou seja, não por trinta dias como solicitado, mas por trinta e quatro dias.
- Entretanto, novamente, os livros requisitados não foram apresentados.

Com efeito, resta claro que a Autoridade Fiscal envidou todos os esforços para obter da empresa os livros e documentos de escrituração contábil. Da data da ciência do início do procedimento fiscal (11/12/2009) até a data em que os lançamentos de ofício foram cientificados (20/07/2010), passou-se mais de sete meses, sem que a Contribuinte apresentasse os elementos solicitados.

Portanto, não há que se falar em medida extrema ou ainda que o agente fiscal optou, indevidamente, por afastar a contabilidade da empresa e arbitrar seu lucro.

Ressalte-se, por oportuno, que diferentemente do alegado pela Recorrente, a Fiscalização não considerou imprestável a escrituração da Contribuinte, nem apontou indícios de fraudes, erros ou deficiências, como suporte para arbitrar o lucro da empresa. Até porque, naquele momento, a empresa sequer comprovava que possuía escrituração, uma vez que simplesmente não a apresentara.

O arbitramento, na realidade, tal como registrado no enquadramento legal do Auto de Infração, fundamentou-se no artigo 530, inciso III, do RIR/1999, *verbis*:

*Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art.1º)*

(...);

*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;*

(...).

Assim, a Contribuinte, não tendo apresentado ao Fisco os documentos e livros de sua escrituração contábil, apesar de intimada e reintimada, sujeitou-se ao arbitramento do lucro do período, como prescreve o artigo 530, inciso III, do RIR/1999.

O alegado pela Recorrente de que sua escrituração estaria regular e revestida das formalidades necessárias não a socorre. Repito: o arbitramento se deu por não ter a

empresa, apesar de intimada e reintimada, apresentado oportunamente a documentação requisitada.

Nesse sentido, ainda que em momento posterior ao lançamento a Autuada apresentasse sua escrituração, o arbitramento já levado a termo pelo Fisco deve prevalecer. Veja-se, a jurisprudência desta Corte Administrativa.

*APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO APÓS O LANÇAMENTO - IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO CONDICIONAL -O arbitramento do lucro, quando realizado em prazo hábil, sem percalços que provoquem grande dificuldade ao contribuinte, deve ser entendido, tão-somente, como meio único na obtenção das bases de cálculo dos tributos. A apresentação da escrituração após o lançamento de ofício não invalida a apuração das bases de cálculo pelo arbitramento. Não existe lançamento condicional. 1º CC/8a Câmara/Acórdão 108-06.053 em 16/03/2000. Publicação DOU: 22/08/2000.*

*LUCRO ARBITRADO - APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS - É inócua a posterior apresentação de livros e documentos com o intuito de apresentar base de cálculo menor que a apurada pelo fisco, utilizando-se de forma de tributação que, apesar de reiteradamente intimado, não mostrou tê-la adotado no tempo devido. 1º CC/3a Câmara/Acórdão 103-22.980 em 25/04/2007. Publicado no DOU em: 07/01/2008.*

A matéria em questão já foi, inclusive, sumulada por este CARF, conforme súmula nº 59, *in verbis*:

*SÚMULA CARF Nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.*

Pelo exposto, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

## **Mérito**

### **Da suposta ilegalidade da incidência do PIS sobre receitas não operacionais**

Quanto ao PIS e a Cofins a Recorrente, em resumo, alega que essas contribuições têm como base de cálculo apenas as receitas de venda, da prestação de serviços ou da combinação de ambas, devendo ser excluídas da base de cálculo qualquer outra receita.

Vê-se, nesse caso, que a Recorrente traz aos autos a discussão travada no STF quando do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prescrita no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original. O aumento da carga tributária daí decorrente foi contestado na justiça, tendo o Poder Judiciário, por diversas vezes, entendido que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional –

EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “*não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*” (Ag.Reg. RE 546.3273/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Assim, entendeu o Poder Judiciário que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, ao alargar o conceito de faturamento, criara exação nova, assunto que deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

Portanto, o alargamento da base de cálculo objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP no 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário no 390.840/MG, apreciado pelo pleno em 09/11/2005, decidiu no seguinte sentido (relator Ministro Marco Aurélio):

*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 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.*

Posteriormente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no 585.2351/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa do acórdão em tela, que teve a relatoria do Ministro Cezar Peluso:

*EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS, COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do*

*Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.*

Especificamente sobre exame de constitucionalidade de norma, o caput do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009, veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, **admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como na hipótese presente.**

Aliás, segundo o artigo 62A do RICARF (inserido pela Portaria MF nº 586/2010),

*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

*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.*

Com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei no 9.718/98, o STF entendeu que o PIS e a COFINS somente poderiam incidir sobre as receitas operacionais das empresas, ou seja, aquelas ligadas às suas atividades principais.

Conseqüentemente, não é legítima a exigência da contribuição sobre receitas outras que não as originadas da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, devendo ser excluídos da base de cálculo os montantes decorrentes das rubricas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Ocorre que na autuação ora em análise todas as receitas auferidas pela empresa, que integraram a base de cálculo do PIS e da COFINS, são oriundas da revenda de mercadorias, harmonizando-se, por conseguinte, com a definição de faturamento dada pela LC nº 70, de 1991.

Assim, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, determinada pelo STF, não exerce influencia sobre o presente litígio, pelo que entendo descabidas as razões de defesa quanto a esse ponto.

### **Da tributação correlata**

Tendo em vista a estreita relação entre o lançamento do IRPJ ora analisado e aqueles relativos à CSLL, ao PIS e à Cofins, por decorrerem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável, estendo o aqui decidido para aqueles lançamentos.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade do lançamento suscitada e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

*(assinado digitalmente)*

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator