



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

**Processo n°** 10640.005052/2007-75  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1102-001.153 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 30 de julho de 2014  
**Matéria** PIS e Cofins - Receitas tributáveis  
**Recorrente** ABC ATACADO BRASILEIRO DA CONSTRUÇÃO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento das bases de cálculo da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, no Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, reconhecendo a repercussão geral do tema.

O art. 62, inciso I, do anexo II do Regimento do CARF permite que se afaste a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos casos em que a lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a Cofins tributada na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incide sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, bem como sobre as demais receitas típicas decorrentes de outras atividades da empresa, mas não sobre receitas não operacionais, decorrentes de alienação de parte do fundo de negócio e da marca para empresa sediada no exterior, como feito no lançamento em análise.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Ano-calendário: 2002

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento das bases de cálculo do PIS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de

1998, no Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, reconhecendo a repercussão geral do tema.

O art. 62, inciso I, do anexo II do Regimento do CARF permite que se afaste a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos casos em que a lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o PIS tributado na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incide sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, bem como sobre as demais receitas típicas decorrentes de outras atividades da empresa, mas não sobre receitas não operacionais, decorrentes de alienação de parte do fundo de negócio e da marca para empresa sediada no exterior, como feito no lançamento em análise.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para excluir, dos lançamentos de PIS e Cofins, a tributação da receita não operacional de R\$ 2.676.982, 61, com fato gerador em 31/12/2002.

(assinado digitalmente)

\_\_\_\_\_  
João Otávio Oppermann Thomé – Presidente

(assinado digitalmente)

\_\_\_\_\_  
José Evande Carvalho Araujo- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, João Carlos de Figueiredo Neto, Ricardo Marozzi Gregório, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, e Douglas Bernardo Braga.

## Relatório

### AUTUAÇÃO

Contra o contribuinte acima identificado, foi lavrado Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, bem como Autos de Infração reflexos de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins e Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, que totalizaram R\$ 836.645,77, incluindo principal, multa de 75% e juros de mora calculados até 30/11/2007 (fls. 8 a 47).

Por bem narrar os fatos, transcrevo a descrição da ação fiscal e das infrações constante no relatório de primeira instância (fl. 522):

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 43/46, o Fisco relata que a empresa foi intimada a comprovar os ingressos no Caixa nos valores de R\$ 729.000,00, em 2003, e de R\$ 171.000,00, em 2004, a título de integralização de capital, bem como comprovar a efetiva entrega à fiscalizada do valor de R\$ 3.600.000,00, em 31/12/2002, também a título de integralização de capital, pela sócia ora admitida - empresa ROMMY TRADING S/A. Posteriormente, nova intimação foi lavrada intimando a fiscalizada a comprovar a origem da totalidade dos recursos entregues pelos sócios à empresa para o tal aumento do capital social (24ª alteração social) que foi de R\$1.000.000,00, iniciando-se a integralização em 2002 indo até 2004.

A 24ª alteração contratual previa a admissão do sócio ROMMY TRADING S/A, com sede no exterior, com integralização de capital no valor de R\$3.600.000,00. Previa ainda que os recursos de origem estrangeira seriam convertidos em reais, na cotação do dia da operação, sendo que o montante em reais que excedesse ao valor da participação societária seria “*considerado alienação de parte do fundo de negócio e da marca ABC, para a empresa Rommy Trading S/A e registrado na contabilidade como Receita não Operacional*”

A documentação apresentada pela autuada e pela nova sócia comprova a internação do valor de R\$6.276.982,61 correspondente a USD 1,717,089.06. Confirmou-se também a contabilização em 31/12/2002, na conta “Outras Receitas” do valor de R\$2.676.982,61, o qual compôs a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, mas não das contribuições para o PIS e para a COFINS.

A empresa não logrou comprovar a origem dos numerários entregues pelos sócios para aumento de capital. Também não foi comprovado a origem do valor de R\$200.000,00, emprestado pelo sócio João Batista Peixoto, em 10/01/2005, visto que só apresentaram o comprovante de depósito, a cópia do cheque e o contrato de mútuo.

A não comprovação da efetiva entrega dos recursos, pelos sócios, a título de integralização de capital, haja vista que os recibos de depósitos não identificavam o depositante. Da mesma forma a não comprovação da origem dos recursos utilizados para efetivar o empréstimo supra referido, caracterizam omissão de receitas conforme disposto no art. 282 do RIR/99.

A Fiscalização salienta que foram considerados na lavratura dos autos o prejuízo fiscal e a base negativa da contribuição social.

## IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 461 a 473), acatada como tempestiva. Socorro-me, mais uma vez, da descrição do recurso feita pelo relatório do acórdão de primeira instância (fl. 523):

Em 18/01/2008, a empresa apresentou impugnação PARCIAL ao lançamento, restringindo-se o litígio, a falta de recolhimento da COFINS e do PIS sobre as receitas não operacionais no valor de R\$ 2.676.982,61, ao IRPJ e os decorrentes (PIS, COFINS e CSLL) no que se refere ao valor de R\$200.000,00, pela não comprovação de sua origem.

Alega com relação à falta de recolhimento das contribuições sobre receita não operacional a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98, o que já foi reconhecido pelo STF no recurso extraordinário 357.950. Diz ainda, que a Lei 10.833/03 bem como a 10637/02 que instituíram o regime não cumulativo para as contribuições estipularam que a base de cálculo para as empresas do lucro real, na qual se enquadra, seria a receita bruta. Verifica-se, *“de plano, segundo o próprio entendimento da Secretaria da Receita Federal, que a base de cálculo da Cofins equivalente ao faturamento teria eficácia até a publicação da lei em comento”*

Com relação ao PIS, a Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002, que instituiu o PIS não cumulativo, só poderia entrar em vigor após noventa dias e como fato gerador ocorreu em 31/12/2002 o lançamento não poderia ser feito, com base nesta lei.

Com relação a não comprovação da origem dos recursos que originaram o empréstimo de R\$200.000,00, efetuado pelo sócio João Batista Peixoto, em 10/01/2005, o impugnante junta os seguintes comprovantes: Extrato da conta corrente; Informe de Rendimentos Financeiros do ano de 2004 e o informe da existência de aplicação BB Fix especial no R\$472.700,86. Salienta que no dia 10/01/2005, ocorreu transferência da citada aplicação para a conta corrente a fim de cobrir o cheque utilizado no empréstimo.

Diante do exposto requer seja dado provimento à impugnação e também que o prejuízo fiscal do exercício 2005 seja reclassificado.

## ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) julgou a impugnação procedente em parte, cancelando a autuação de omissão de receitas por suprimento de numerário de R\$200.000,00, em acórdão que possui a seguinte ementa (fls. 521 a 525):

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

*Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005*

**INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância**

*administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.*

*OMISSÃO DE RECEITAS.SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO. Não configura omissão de receita o suprimento de numerário cuja efetiva entrega foi comprovada por documentação bancária e a origem vincula-se a aplicação financeira pré existente.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

Os fundamentos dessa decisão foram os seguintes:

a) manteve-se o lançamento das contribuições feito com base em receita não operacional, decorrente da alienação de parte do fundo de negócio e da marca ABC, para a empresa Rommy Trading S/A, obedecendo legislação em vigor, ou seja, arts. 1º e 3º da Lei Complementar 7, de 1970, art. 24 § 2º da Lei 9.249, de 1995 e Lei 9.718, de 1998, que são as bases legais dos artigos citados do Decreto nº 4.524, de 2002, que regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins;

b) não cabe ao julgador administrativo apreciar a matéria do ponto de vista constitucional (Parecer Normativo CST n.º 329/70), exceto quando houver declaração de inconstitucionalidade pelo STF de lei, o que não aconteceu com o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998;

c) considerou-se comprovada a origem do valor entregue à empresa a título de empréstimo pelo sócio João Batista Peixoto, cancelando-se a infração de omissão de receitas.

## **RECURSO AO CARF**

Cientificado da decisão de primeira instância em 14/8/2009 (fl. 528), o contribuinte apresentou, em 14/9/2009, o recurso voluntário de fls. 529 a 537, onde argumenta que as receitas não operacionais não podem ser incluídas nas bases de cálculo do PIS e da Cofins, pois o alargamento da base de cálculo das contribuições, efetuado pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional, sendo esse o entendimento do Conselho de Contribuintes.

Em 6/8/2013, o recorrente apresentou o documento de fls. 533 a 535, onde reitera os argumentos do recurso.

Este processo foi a mim distribuído no sorteio realizado em março de 2014, numerado digitalmente até a fl. 537.

Esclareça-se que todas as indicações de folhas neste voto dizem respeito à numeração digital do e-processo.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, Relator

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

Após a exoneração da exigência de IRPJ e reflexos pela decisão recorrida, sem a interposição de recurso de ofício, permanece em discussão apenas as exigências de PIS e Cofins sobre receitas não operacionais.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 44 a 47), a empresa Rommy Trading S/A, sediada no exterior, integralizou R\$ 3.600.000,00 de capital social, sendo que o contrato previa que a parcela do pagamento que excedesse o valor da participação societária seria considerada alienação de parte do fundo de negócio e da marca ABC, e registrada na contabilidade como receita não operacional.

Nesse sentido, comprovou-se que foram internalizados R\$ 6.276.982,61, correspondente a USD 1.717.089,06, tendo sido contabilizado, em 31/12/2002, na conta 3.2.01 - Outras Receitas, o valor de R\$ 2.676.982,61.

Contudo, o contribuinte apenas ofereceu essas receitas à tributação do IRPJ e da CSLL, o que motivou o lançamento do PIS e da Cofins.

De início, deve-se esclarecer que, apesar de em 31/12/2002 já estar em vigor o PIS não-cumulativo (arts 1º e 68, inciso II, da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002), o lançamento se deu com base na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Observe-se que o enquadramento legal do auto de infração de PIS (fl. 30) incluiu os arts. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, que fazem referência à Lei nº 9.718, de 1998.

Ademais, o lançamento se divide em duas infrações, sendo que apenas a segunda se relaciona ao PIS não-cumulativo. Já para o lançamento das receitas não operacionais, utilizou-se da alíquota da contribuição cumulativa de 0,65% (fl. 32).

O interessante é que, na segunda infração, incluiu-se uma ocorrência com fato gerador 31/12/2002, não existindo qualquer justificativa da autoridade lançadora para ter enquadrado a tributação das receitas não operacionais, na mesma data, na modalidade cumulativa.

Imagino que o autuante tomou essa decisão ao constatar que o capital foi internalizado em 31/10/2002 (fl. 69), apesar da contabilização ter se dado apenas em 31/12/2002, sendo que, em outubro, ainda vigia a contribuição cumulativa.

De qualquer modo, não é possível que a autoridade julgadora inove o lançamento, alterando seu enquadramento legal, sendo inconteste que as receitas não operacionais em discussão foram submetidas à tributação do PIS e da Cofins nos termos do §

1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que determinou o alargamento da base de cálculo desses tributos, passando a nela incluir a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal reputou tal alargamento da base de cálculo como inconstitucional, reconhecendo a repercussão geral do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, em 10/9/2008, tendo por relator o Ministro Cezar Peluso, que restou assim ementado:

*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.*

Verifica-se que a jurisprudência mais recente do CARF tem adotado o mesmo entendimento, sendo que algumas decisões se fundamentam no art. 62-A do anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 200, enquanto outras no art. 62 do Regimento.

Como a decisão do STF não foi tomada na sistemática prevista pelo art. 543-B do Código de Processo Civil, penso que a alternativa correta é o uso do art. 62, inciso I, do anexo II do RICARF, que permite que se afaste a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos casos em que a lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Foi esse o entendimento do Acórdão nº 9303-002.182, da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, julgado na sessão de 5 de fevereiro de 2013, tendo por relator o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cuja ementa transcrevo:

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

*Período de apuração: 01/03/1999 a 31/03/2004*

*Base de Cálculo. Alargamento. Aplicação de Decisão Inequivoca do STF. Possibilidade.*

*Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.*

*Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins, até a vigência da Lei 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim*

*compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.*

*Recurso Especial do Contribuinte Provido em Parte.*

Assim, o PIS e a Cofins tributados na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incidem somente sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, e não sobre receitas não operacionais, como feito no lançamento em análise.

É verdade que o STF vem temperando seu entendimento, estendendo o conceito de faturamento a receitas típicas decorrentes de outras atividades da empresa, ainda que acessórias. Entretanto, no caso, não há dúvidas de que os rendimentos tributados eram absolutamente atípicos, decorrentes de alienação de parte do fundo de negócio e da marca para empresa sediada no exterior.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para excluir, dos lançamentos de PIS e Cofins, a tributação da receita não operacional de R\$ 2.676.982,61, com fato gerador em 31/12/2002.

(assinado digitalmente)  
José Evande Carvalho Araujo