



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

Processo nº 10680.015946/2008-88
Recurso nº 01 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **3301-01.512 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de junho de 2012
Matéria PIS/Pasep e Cofins
Recorrentes CONSERVA DE ESTRADAS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2007

Nos termos do art. Art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula aprovada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, a partir de sua publicação na imprensa oficial.

Em conformidade com reiterada jurisprudência do E. STJ, em sede de recursos repetitivos, com fulcro no art. 543-C do CPC, constatado que não houve pagamento parcial, o prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício seguinte ao qual poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN, sendo aplicável o prazo de cinco anos, contados da data do fato gerador, nas competências em que foram constatados pagamentos parciais, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Esse entendimento é de aplicação obrigatória nos julgamentos do CARF por força do art. 62-A do RI-CARF.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Decisão plenária definitiva do STF que tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que abrange, inclusive os fatos geradores ocorridos sob à égide da EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998, deve ser estendida aos julgamentos efetuados pelo CARF, nos termos do art. 62, § único, inciso I, do RI-CARF, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins receitas financeiras, as quais não decorrem de seu faturamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2007

Nos termos do art. Art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula aprovada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal**, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial.

Em conformidade com reiterada jurisprudência do E. STJ, em sede de recursos repetitivos, com fulcro no art. 543-C do CPC, constatado que não houve pagamento parcial, o prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício seguinte ao qual poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN, sendo aplicável o prazo de cinco anos, contados da data do fato gerador, nas competências em que foram constatados pagamentos parciais, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Esse entendimento é de aplicação obrigatória nos julgamentos do CARF por força do art. 62-A do RI-CARF.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Decisão plenária definitiva do STF que tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que abrange, inclusive os fatos geradores ocorridos sob à égide da EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998, deve ser estendida aos julgamentos efetuados pelo CARF, nos termos do art. 62, § único, inciso I, do RI-CARF, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins receitas financeiras, as quais não decorrem de seu faturamento.

Recurso de Ofício Negado Provimento e Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Rodrigo da Costa Pôssas

Presidente

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Amauri Amora Câmara Júnior, Andrea Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recursos de ofício e voluntário em face da decisão da DRJ de Belo Horizonte/MG, que julgou parcialmente procedente os autos de infração de PIS/Pasep e Cofins, relativos à diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago dos períodos de apuração compreendidos entre fevereiro de 2003 e dezembro de 2007, conforme sintetiza a ementa a seguir reproduzida:

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

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2007

Com a publicação da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, deve ser observado, para as contribuições sociais, o prazo de extinção do crédito tributário previsto no Código Tributário Nacional.

Somente a partir de 2 de agosto de 2004 ficou reduzida a zero a alíquota da Cofins sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa da contribuição ou que tenham parte de suas receitas submetidas ao regime de incidência não-cumulativa.

Os valores retidos na fonte, quando devidamente comprovados, podem ser compensados com a contribuição devida.

O resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido não integra a base de cálculo da Cofins.

A receita decorrente da venda de bens do ativo imobilizado comprovada pelo contribuinte não deve compor a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2007

Com a publicação da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, deve ser observado, para as contribuições sociais, o prazo de extinção do crédito tributário previsto no Código Tributário Nacional.

Somente a partir de 2 de agosto de 2004 ficou reduzida a zero a alíquota do PIS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa da contribuição ou que tenham parte de suas receitas submetidas ao regime de incidência não-cumulativa.

Os valores retidos na fonte, quando devidamente comprovados, podem ser compensados com a contribuição devida.

O resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido não integra a base de cálculo do PIS.

A receita decorrente da venda de bens do ativo imobilizado comprovada pelo contribuinte não deve compor a base de cálculo da contribuição.

Lançamento Procedente em Parte

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal - TVF, de fls. 39/60, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 61/79, o contribuinte não declarou e nem recolheu os valores das diferenças apuradas da Cofins e do PIS, que foram obtidas partindo-se das receitas escrituradas em sua contabilidade. Nos termos das Leis nºs 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e 10.865, de 30 de abril de 2004, a Cofins e o PIS foram apurados pelo regime cumulativo em todos os períodos de apuração considerados no lançamento, exceto para os períodos de 2003 exclusivamente para o PIS, nos quais foi utilizado o regime não-cumulativo de tributação.

Ano-calendário de 2003

Note-se que tanto a Lei nº 9.718, de 1998, como as Leis nºs 10.637, de 2003, e 10.833, de 2003, que instituíram o regime da não-cumulatividade para o PIS e para Cofins, determinam que a base de cálculo das contribuições é o faturamento mensal, assim entendido como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, com as exclusões permitidas em lei.

Dessa forma, nos termos da legislação citada, as receitas financeiras auferidas pelo impugnante devem ser excluídas da base de cálculo das contribuições a partir de agosto do ano-calendário de 2004, não assistindo razão ao contribuinte nesse ponto.

No que se refere ao PIS, apurado pelo regime da não-cumulatividade em 2003, o contribuinte aduz que a Fiscalização desconheceu o seu direito a créditos e que tais valores estariam discriminados em planilha própria, anexada aos autos.

Analisando todos os documentos acostados aos autos pelo impugnante, verifica-se que a planilha mencionada não está presente. Além disso, o contribuinte informou, em atendimento ao item 5 do Termo de Intimação Fiscal nº 6, de fls. 296/298, que "não foram aproveitados créditos durante o ano de 2003, para efeitos de abatimento da base de cálculo do PIS." (fl. 326). Portanto, correto o procedimento do auditor-fiscal quanto à apuração do PIS no ano-calendário de 2003.

Ano-calendário de 2004

Além das deduções e exclusões já consideradas na decisão recorrida, a decisão recorrida aduz que quanto ao mês de fevereiro, no qual teria sido incluído indevidamente na base de cálculo o valor de R\$ 18.257,93 de receitas financeiras, não cabe razão ao impugnante, pelos motivos expostos anteriormente (receitas financeiras com alíquota reduzida a zero somente a partir de agosto/2004).

Ano-calendário de 2005

Além dos valores já considerados pela decisão recorrida, em razão efetiva comprovação, o contribuinte aduz, ainda, que, na base de cálculo dos meses de janeiro, julho e agosto, foram incluídos valores referentes a receitas financeiras, que não devem compor a base de cálculo das contribuições. Analisando-se a planilha elaborada pela Fiscalização à fl. 62, verifica-se que as receitas financeiras foram devidamente excluídas da base de cálculo no ano-calendário de 2005, nos termos do Decreto nº 5.164, de 2004, não assistindo razão ao contribuinte quanto a essa questão.

Ano-calendário de 2006

O contribuinte argumenta, dessa forma, que devem ser excluídos da tributação os valores de R\$ 57.303,00 (agosto), R\$439.265,00 (setembro) e R\$ 31.900,91 (novembro), que seriam referentes a vendas do ativo imobilizado, mas que não teriam sido deduzidos da base de cálculo pelo fiscal. Na planilha de fl. 62, verifica-se que tais valores foram incluídos na base de cálculo como "ganhos e perdas de capital". Para comprovar que se tratam de vendas do ativo imobilizado, o autuado anexou aos autos os documentos de fls. 133/196 do Anexo VII. No entanto, para o ano-calendário de 2006, a decisão recorrida considerou apenas os valores que foram devidamente comprovados e serão excluídos da base de cálculo das contribuições.

Ano-calendário de 2007

Quanto aos valores referentes a vendas do ativo imobilizado, nos montantes de R\$ 44.939,84 (agosto), R\$ 201.734,81 (outubro) e R\$ 229.570,45 (dezembro) (fl. 550), que teriam sido indevidamente incluídos na base de cálculo, assiste razão em parte ao contribuinte.

Isso porque os documentos por ele apresentados às fls. 133/196 do Anexo VII comprovam apenas os valores indicados no demonstrativo, assim, como já foram excluídos pela Fiscalização a título de "Ganhos e Perdas de capital (Imóveis/Veículos)" (fls. 53/54 e 63) os valores de R\$ 41.000,00 para o período de agosto, restam R\$ 13.000,00 (R\$ 54.000,00 - R\$ 41.000,00) a serem excluídos. E para o período de outubro, no qual já foram excluídos R\$ 93.000,00, restam R\$ 71.000,00 (R\$ 164.000,00 - R\$ 93.000,00) a serem excluídos.

Por fim a decisão é no seguinte sentido (objeto do RO)

a)exonerar o contribuinte da Cofins no valor principal de R\$ 2.611.393,59 e respectivos acréscimos legais, conforme o demonstrativo acima elaborado;

b)exigir do autuado o pagamento da Cofins no valor de R\$ 40.285,55, a ser acrescido da multa de ofício e dos juros de mora;

c) exonerar o contribuinte do PIS no valor principal de R\$ 560.397,62 e respectivos acréscimos legais, conforme o demonstrativo acima elaborado;

d)exigir do autuado o pagamento. do PIS no valor de R\$ 11.042,88, a ser acrescido da multa de ofício e dos juros de mora; e e)recorrer de ofício do crédito exonerado nos itens "a)" e "c)" deste acórdão, por força do disposto no art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Cientificada em 24/04/2009 (AR – fl. 565, do processo digitalizado), foi interposto o recurso voluntário de fls. 566 e seguintes, em 15/05/2009, aduzindo, em síntese, o seguinte:

Em relação aos anos-calendário de 2003 e 2004, insurgiu-se, entre outros itens, contra a cobrança do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras, em razão do STF ter declarado a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/91 (alargamento da base de cálculo).

Sustenta que mesmo sob a vigência da Lei nº 10.637/2002 só se poderia dar a partir de 10 de abril de 2003, devendo ser excluída qualquer incidência do PIS sobre receitas financeiras até essa data.

E a cobrança das contribuições para o PIS e a COFINS quanto às receitas financeiras, com base na Lei nº 10.833/2003,, só poderia ocorrer a partir de 1º de abril de 2004.

No que concerne aos demais valores sobre os quais foi mantida a tributação no Acórdão, também não procede a cobrança, senão vejamos:

Junho/2005 — valor tributado — R\$-231.580. 19. - COFINS (3%) — R\$ 6.497,40 - o valor refere-se a provisão . de receita (1º medição/Rio Pomba) e não à emissão de Nota Fiscal ou outro tipo- de receita.

Julho/2005 - valor tributado — R\$ 16.390,67 - COFINS (3%) — R\$ 491,72 - refere-se a variação monetária ativa. R\$18,92 — descontos obtidos s/ duplicatas pagas.

Agosto/2005 - valor tributado — R\$ 96.359,33 - COFINS (3%) R\$ 2.890,78 -refere-se a: R\$ 78.169,32 (juros ativos s/ contrato de mútuo com a coligada Wanmix Ltda), mais R\$ 17.902,83 (recuperação despesa relativa a carta de fiança Construtora Pavisan Ltda), mais R\$ 287,16 (descontos obtidos s/ duplicatas).

Em agosto do ano de 2006, os valores de R\$14.764,50 e 103.100,00 não correspondem a receitas. É que o Auditor-Fiscal tomou como receitas os lançamentos a crédito da conta de ativo imobilizado e os valores acima correspondem a baixas de um carro e de uma moto, que foram roubados. Os documentos do DETRAN anexos comprovam tal fato.

Relativamente a setembro de 2006, a nota fiscal nº 3885, em anexo a este Recurso, comprova que se tratou de venda do ativo imobilizado (venda de trator), razão pela qual deve ser excluído da tributação o valor correspondente.

Além disso, o Auditor-Fiscal tributou valores relativos a lançamentos de baixa do ativo imobilizado como se fossem receitas, quando na verdade se tratou de contabilização de encargos de depreciação dos bens (créditos nas contas do ativo imobilizado). Cópias dos lançamentos contábeis constantes do Livro Diário atestam esse fato e encontram-se anexados ao Recurso.

Em novembro de 2006; alega que houve erro do Auditor-Fiscal no valor da COFINS retida pela fonte pagadora agente- fiscal considerou o valor de R\$16.656,42, quando o valor correto é R\$19.656,82. Isso é comprovado pela cópia do extrato bancário, onde consta o valor líquido recebido do órgão público, mediante depósito bancário, bem como pela nota fiscal relativa ao pagamento, importando numa diferença de R\$3.000,00 de retenção a menor em desfavor da recorrente.

Quanto ao ano de 2007, o Auditor-Fiscal também incorreu em erro ao considerar como receitas os valores a crédito do ativo imobilizado, correspondentes a encargos de depreciação registrados, cópias dos lançamentos contábeis atestam esse fato e encontram-se anexados ao Recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

Os recursos de ofício e voluntário atendem aos pressupostos de admissibilidade, devendo serem conhecidos.

Conforme relatado, no presente processo cuida-se de recursos de ofício e voluntário sobre as Contribuições PIS/Pasep e Cofins, dos períodos de apuração de 01/02/2003 a 31/12/2007.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal - TVF, de fls. 39/60, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 61/79, o contribuinte não declarou e nem recolheu os valores das diferenças apuradas da Cofins e do PIS, que foram obtidas partindo-se das receitas escrituradas em sua contabilidade.

Nos termos das Leis nºs 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e 10.865, 30 de abril de 2004, a Cofins e o PIS foram apurados pelo regime cumulativo em todos os períodos de apuração considerados no lançamento, exceto para os períodos de **2003 exclusivamente para o PIS**, nos quais foi utilizado o regime não-cumulativo de tributação.

De acordo com a última alteração contratual (42ª), de 27/03/2007, juntada aos autos (fls. 113), a Contribuinte tem por objeto as seguintes atividades:

MODIFICAÇÕES:

I – OBJETO SOCIAL

A partir desta data, fica acrescido ao objeto social da empresa: **a locação de aeronaves**, ficando o objeto social com a seguinte redação: Construção, Conservação e Manutenção de Estradas, Obras de Arte Especiais, Aeroportos, Portos, Canais, Edifícios, Casas, ou seja, Obras e Serviços de Engenharia Civil e locação de aeronaves.

A decisão recorrida tratou dos seguintes temas:

- 1) Decadência: Com a publicação da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, deve ser observado, para as contribuições sociais, o prazo de extinção do crédito tributário previsto no Código Tributário Nacional.
- 2) Receitas Financeiras – Alíquota zero: Somente a partir de 2 de agosto de 2004 ficou reduzida a zero a alíquota da Cofins sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa da contribuição ou que tenham parte de suas receitas submetidas ao regime de incidência não-cumulativa.
- 3) Os valores retidos na fonte - quando devidamente comprovados, podem ser compensados com a contribuição devida.
- 4) O resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido não integra a base de cálculo da Cofins.
- 5) A receita decorrente da venda de bens do ativo imobilizado comprovada pelo contribuinte não deve compor a base de cálculo da contribuição.

Inicialmente, a decisão recorrida considerou decadente os fatos geradores da Cofins ocorridos nos meses de fevereiro, outubro e novembro de 2003, e para o PIS, os meses de fevereiro, junho, outubro e novembro de 2003, sendo aplicado o prazo decadencial quinquenal, contado dos respectivos fatos geradores, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, em razão de ter ocorrido pagamento/compensações ou retenções na fonte, considerando que o lançamento ocorreu em 18/12/2008.

Em relação aos fatos geradores ocorridos em março e junho de 2003 (COFINS) e março/2003 (PIS), em que não houve pagamento, foi aplicado o art. 173, I, do CTN, não sendo considerados decaídos.

Em relação específica a este ponto, ressalvo meu entendimento pessoal quanto a aplicabilidade do art. 150, § 4º do CTN, para todo o período fiscalizado, visto que houve pagamento parcial (se considerado todo o período fiscalizado), todavia, curvo-me diante do entendimento deste douto colegiado, sobretudo porque, amparado em decisão do colendo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, de aplicação obrigatória nos julgados deste CARF, por força do art. 62-A do RI-CARF, devendo ser aplicado aos fatos geradores ocorridos nos períodos de março e junho de 2003 (Cofins) e março/2003 (PIS), nos quais não foram constatados pagamentos parciais, o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, não estando portanto decaídos, considerando que o lançamento ocorreu em 18/12/2008.

A referida decisão do colendo STJ, encontra-se assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao

lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Receitas Financeiras – ano de 2003

A decisão recorrida considerou que de acordo com a Lei nº 9.718, de 1998 e também considerando as Leis nº 10.637, de 2003 e 10.833, de 2003, as receitas financeiras somente deixou de compor a base de cálculo do PIS e da Cofins a partir de agosto do ano-calendário de 2004, e de fato foram excluídas do lançamento a partir desta data.

Receitas Financeiras – ano de 2004

De acordo ainda com o art. 8º, da Lei nº 10.637, de 2002, em vigor a partir de 1º de dezembro de 2002, em razão de tratar-se de conversão da MP nº 66, de 29/08/2002 (DOU 30/08/2002), em conformidade com o art. 195, § 6º, da Constituição Federal (noventena),

Desta forma, com exceção aos fatos geradores da Contribuição PIS/Pasep, do ano de 2003, que foi cobrada de acordo com o regime da não-cumulatividade, devem ser excluídas da base de cálculo do PIS (cumulativo) dos períodos anteriores a agosto de 2004, as receitas financeiras por se tratar de alargamento da base de cálculo afastada pelo E. STF, mesmo sob à égide da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Nesse sentido o E. STF refutou o alargamento da base de cálculo das Contribuições PIS/Pasep e Cofins, com fulcro no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mesmo para os fatos geradores ocorridos após à Emenda Constitucional nº 20, de 1998, em virtude do ordenamento jurídico pátrio não comportar a figura da “constitucionalidade superveniente”, *in verbis*:

(RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215)

Disposto no art. 62, parágrafo único, inciso I, do RI-CARF, in verbis:

Art. 62. Fica vedado 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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Assim sendo, devem ser excluídas da base de cálculo do PIS (cumultivo), as receitas financeiras do ano de 2004, sendo mantida a exigência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2003 (sistemática da não-cumulatividade) e, em relação à Cofins, que só foi exigida na sistemática da cumulatividade, devem ser excluídas as receitas financeiras de todos os períodos cobrados.

Conforme reiterada jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, somente são aplicáveis as leis nºs 10.637, de 2002 e 10.833, de 2003, os fatos geradores ocorridos sob a vigência das referidas leis, devendo ser aplicável a legislação anterior, quanto às ocorrências do inciso II, dos arts. 8º e 10, das referidas leis, aplicável então, no caso, a Lei nº 9.718/98:

PIS/COFINS. RECEITA BRUTA. LEIS nºs 7.918/98, 10.637/02 E 10.833/03.

1. Regular a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o tema debatido nestes autos já se encontra sedimentado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, relativa ao conceito de receita bruta na base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS.

2. O § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Recursos Extraordinários nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840).

Entendimento reafirmado no julgamento do RE 585.235/MG, quando a Suprema Corte apreciou o recurso extraordinário submetido a repercussão geral e reiterou a jurisprudência já aplicada.

3. O acórdão do Tribunal de origem não merece reparos, tendo reconhecido o direito à repetição do indébito no período compreendido entre a vigência da Lei nº 9.718/98 e o advento das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, em razão da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

4. Quanto ao período posterior à vigência das mencionadas leis 10.637/02 e 10.833/03, observou o acórdão recorrido o teor do inciso II, dos artigos 8º e 10º das mencionadas leis, que prevê a não incidência dos novos ditames legais aos contribuintes vinculados à tributação pelo risco presumido, hipótese destes autos.

Inconstitucional o artigo da lei anterior, § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, permanece o direito à restituição da contribuição paga com a base de cálculo prevista nesse dispositivo.

5. Inadmissível a pretensão de aplicar o dispositivo declarado inconstitucional, que não estava apto a produzir os efeitos pretendidos pela União.

6. Agravo regimental desprovido. (grifos acrescentados)

(AgRg no REsp 961.340/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 23/11/2009)

Igualmente, a superveniência da EC nº 20, de 1998, não tem o condão de aperfeiçoar a Lei nº 9.718, de 1998, não convalidando-se os atos praticados anteriormente, in verbis:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. COFINS. BASE DE CÁLCULO. "FATURAMENTO" E "RECEITA BRUTA". LEI COMPLEMENTAR 70/91 E LEIS 9.718/98, 10.637/02 E 10.833/03. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO QUE OBSERVA REGIMES NORMATIVOS DIVERSOS.

1. A base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é o faturamento, hodiernamente compreendido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, vale dizer: a receita bruta da venda de bens e serviços, nas operações em conta própria ou alheia, e todas as demais receitas auferidas (artigo 1º, caput e § 1º, das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, editadas sob a égide da Emenda Constitucional nº 20/98).

2. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, que sucedeu o FINSOCIAL, é contribuição social que se enquadra no inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal de 1988, incidindo sobre o "faturamento", tendo sido instituída e, inicialmente, regulada pela Lei Complementar 70/91, segundo a qual: (i) a exação era devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, (ii) sendo destinada exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, e (iii) incidindo sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

3. A Lei nº 9.718/98 (na qual foi convertida a Medida Provisória nº 1.724/98), ao tratar das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das aludidas exações, definindo-o como a "receita bruta" da pessoa jurídica, por isso que, a partir da edição do aludido diploma legal, o faturamento passou a ser considerado a "receita bruta da pessoa jurídica", entendida como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, 4. A base de cálculo da COFINS e do PIS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e nº 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento de que inconstitucional a ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

5. Na oportunidade, a concepção de faturamento inserta na redação original do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, restou adstringida, de sorte que não poderia ter sido alargada para autorizar a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, **revelando-se inócua a alegação de sua posterior convalidação pela Emenda Constitucional nº 20/98**, uma vez que eivado de nulidade insanável ab origine, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. A Excelsa Corte considerou que a aludida lei ordinária instituiu nova fonte destinada à manutenção da Seguridade Social, o que constitui matéria reservada à lei complementar, ante o teor do disposto no § 4º, artigo 195, c/c o artigo 154, I, da Constituição Federal de 1988.

6. Entrementes, em 30 de dezembro de 2002 e 29 de dezembro de 2003, foram editadas, respectivamente, as Leis nºs 10.637 e 10.833, já sob a égide da Emenda Constitucional nº 20/98, as quais elegeram como base de cálculo das exações em tela o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (artigo 1º, caput), sobejando certo que, nos aludidos diplomas legais, estabeleceu-se ainda que o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica (artigo 1º, § 1º).

7. Deveras, enquanto consideradas hígidas as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, vislumbra-se a existência de dois regimes normativos que disciplinam as bases de cálculo do PIS e da COFINS: (i) o período em que vigorou a definição de

faturamento mensal/receita bruta como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa, dada pela Lei Complementar 70/91, a qual se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98; e (ii) período em que entraram em vigor as Leis 10.637/2002 (PIS/PASEP) e 10.833/2003 (COFINS), segundo as quais o faturamento mensal compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

8. Se a lide envolve fatos impositivos realizados na égide das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (cuja elisão da higidez, no âmbito do STJ, demandaria a declaração incidental de inconstitucionalidade, mediante a observância da cognominada "cláusula de reserva de plenário"), a base de cálculo da COFINS e do PIS abrange qualquer receita (até mesmo os custos suportados na atividade empresarial) que não constar do rol de deduções previsto no § 3º, do artigo 1º, dos diplomas legais citados.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1239175/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 25/05/2010)

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, a fim de reconhecer a extinção parcial do crédito tributário pela decadência, relativamente aos fatos geradores da Cofins ocorridos nos meses de fevereiro, outubro e novembro de 2003, e para o PIS, os meses de fevereiro, junho, outubro e novembro de 2003, sendo aplicado o prazo decadencial quinquenal, contado dos respectivos fatos geradores, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, em razão de ter ocorrido pagamento/compensações ou retenções na fonte, mantendo-se os créditos tributários ocorridos em março e junho de 2003 (Cofins) e março/2003 (PIS), nos termos do art. 173, I, do CTN, considerando que o lançamento ocorreu em 18/12/2008.

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2012

Antônio Lisboa Cardoso