



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10730.002730/2003-13
Recurso n° 138.174 Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° **9303-002.359 – 3ª Turma**
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria Auto de Infração - COFINS
Recorrentes Fazenda Nacional
AMPLA Energia e Serviços S/A - atual denominação da Cia de Eletricidade do Rio de Janeiro

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Período de apuração: 01/12/2001 a 30/06/2002

BASE DE CÁLCULO - PARÁGRAFO 1º, ART. 3º DA Nº 9.718/98 - INCONSTITUCIONALIDADE-ART. 62-A RICARF. O dispositivo de lei alargou o conceito de faturamento que corresponde a venda de mercadorias e de serviços sendo declarado pelo E. STF a sua inconstitucionalidade .

Recurso Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente.

FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA -
Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Possas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Maria Martinez Lopes, Suzy Hoffman e Otacilio Dantas Cartaxo (Presidente).

Relatório

Intentam Recursos Especiais de fls. 880/921 e 977/1053, a Fazenda Nacional e a Contribuinte, respectivamente, contra o acórdão de fl. 865/866, que, unanimemente, deu provimento parcial ao Recurso Voluntário da Contribuinte para excluir as variações monetárias e as demais receitas financeiras da base de cálculo da contribuição.

Em exame de admissibilidade, o despacho de fls. 933/936 recebeu o Recurso Especial da Fazenda Nacional, deixando de fora apenas o cotejo relativo ao acórdão paradigma nº 203-11.970 pro ausência de cópia do seu inteiro teor.

Às fls. 1066/1068, a Contribuinte teve seguimento negado, ratificado às fls. 1115/1118 pelo reexame por ocasião de aviamento de Agravo.

O acórdão recorrido traz a seguinte ementa:

*“Assunto: Contribuição para o Financiamento da
Seguridade Social – Cofins*

Período de apuração: 01/12/2001 a 30/06/2002

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. IMUNIDADE. ART. 155, § 32, DA CF/88. ALTERAÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33, DE 2001. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

Antes da edição da EC nº 33/2001 o STF já decidira

que o termo "tributo" utilizado pelo legislador constitucional na redação do § 32 do art. 155 da CF/88 não impedia a cobrança das contribuições sobre o faturamento das empresas que realizem operações relativas a energia elétrica. Se as contribuições já eram devidas e nenhuma modificação na sistemática de apuração foi estatuída pela referida emenda constitucional, é inaplicável ao caso o princípio da anterioridade nonagesimal.

BASE DE CALCULO. AMPLIAÇÃO. ART. 32 DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE.

Ao julgar os recursos extraordinários nºs 346.084,

do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins por meio de lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO STF.

EXTENSÃO ADMINISTRATIVA.

Nos termos do art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, 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. Excluem-se, portanto, da tributação, as variações monetárias e demais receitas financeiras.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação não pode ser oposta a lançamento tributário, como matéria de defesa.

Recurso provido em parte. “

Argumenta a Fazenda Nacional que a decisão recorrida encontra entendimento paradigmático nos acórdãos nº IV. 201-78.856, 201-80.227, 201-78.802, 203-11.970 e 204-01.643.

Aduz que quando a r. decisão recorrida afasta a tributação incidente sobre as variações monetárias, sob a alegação de que a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº. 9.718/98 restringiria a hipótese de incidência da Cofins, apenas as receitas advindas da venda de mercadorias e serviços seriam tributáveis. Por conseguinte, ao exonerar estas receitas, entendeu a r. decisão colegiada que faturamento é expressão com aceção mínima e restrita.

Neste ponto, transcreve jurisprudência de acórdão paradigma às fls. 883/884.

Segue transcrevendo decisões deste CARF pela tributação das receitas cambiais às fls. 885/886.

Ilustra a divergência jurisprudencial com quadro sintético às fls. 886/888.

Segue argumentando em torno do acórdão recorrido afastar a aplicação do §1º. do artigo 3º da Lei nº. 9718/98, decorrente da declaração de inconstitucionalidade por controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, à época das razões recursais, já nos dias atuais, ratificada pela edição da Lei nº 11.941/2009.

Tece considerações acerca da concepção de faturamento às fl. 892/893, comparando-o ao conceito de receita bruta.

Relata que a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do § 1º do art. 39 da Lei nº 9.718/98, s.m.j., não alterou, nesse particular, o critério definidor da base de incidência da Cofins/PIS como o resultado econômico da atividade empresarial vinculada aos seus objetivos sociais.

Às fls. 903/904 aduz a Fazenda Nacional que o Decreto nº 2.346/97 é claro em atribuir competência exclusiva ao Presidente da República para determinar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão de inconstitucionalidade proferida em caso concreto. Excepcionalmente, apenas relativamente aos créditos tributários, essa competência é delegada ao Secretário da Receita Federal e ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, nas hipóteses taxativamente listadas nos incisos I a IV do art. 4º do normativo em questão.

Por fim, pede seja dado provimento ao Recurso para incluir as receitas financeiras na base de cálculo da contribuição social.

Contra-Razões às fls. 941/976.

Preliminarmente, a Contribuinte mina a admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda Nacional, tendo como fundamento o art. 7º do Regimento Interno de então, pois ali ficava consignado que somente poderiam ser alvejadas por Recurso Especial decisões não-unâneas.

Reforça a preliminar com transcrição de ementa de caso semelhante à fl. 946.

Noutra preliminar pela inadmissão do Recurso, argumenta acerca da inexistência de similitude fática quanto à interpretação da norma tributária e ausência de cotejo analítico entre os acórdãos 201.78-856, 201.80-227 e 201-78.802 e o recorrido.

Relata que os acórdãos paradigmas mencionados não discutem a aplicação da decisão do Plenário do STF à luz do Decreto nº 2.346/97, e sim, apenas, e tão somente, a incidência da COFINS sobre receitas de variação cambial em face do disposto na Lei nº. 9.718/98, sem qualquer análise quanto a aplicação ou não do artigo 4º ,parágrafo único do Decreto mencionado.

Transcreve jurisprudência pelo não seguimento às fls. 951/952.

Segue minando a admissibilidade do Recurso, aduzindo que os acórdãos paradigmas sustentam entendimentos ultrapassados pelo Conselho, transcrevendo, nesta esteira, às fls. 953/956 acórdãos recentes contrários aos paradigmáticos.

No mérito, reforça os argumentos sobre a inconstitucionalidade do §1º, art. 3º da Lei nº 9718/98, transcrevendo ementário dos e. STF e STJ à fl. 957.

Com efeito, transcreve trecho do regimento interno deste Conselho, vigente à época do recurso, que normatiza a obrigatoriedade deste CARF afastar aplicação de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Transcreve às fls. 962/963 julgado deste conselho que acolheu a decisão do E. STF quanto à inconstitucionalidade do trecho legal multireferido.

Aduz que o pedido da Fazenda Nacional de que o auto de infração deva ser conservado na parte lastreada na Lei nº 10.637/02 é eivado de má-fé, pois o texto legal refere-se a PIS e o auto de infração apenas a COFINS.

Finalmente, requer não seja conhecido o recurso em vista das preliminares suscitadas, e acaso ultrapassadas, que não lhe seja dado provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE
SILVA

O Recurso Especial de Divergência interposto pela Fazenda Nacional, preenche condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O Recurso Especial de Divergência interposto pela Contribuinte não logrou admissibilidade por falta de comprovação de divergência sobre a aplicabilidade ou não do princípio da anterioridade nonagesimal em face de emenda constitucional na conformidade dos despachos de fls. 1066, 1068, 1115 e 1118.

O tema que instaura o litígio na parte restante, diz respeito ao insurgimento contra decisão da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes de então (fls.865/876) que por unanimidade de votos proporcionou parcial provimento ao recurso voluntário da Contribuinte excluindo as variações monetárias e demais receitas financeiras da base de cálculo da COFINS com fundamento na decretação de inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º da Lei nº 9.718/98.

O esforço recursal adentra sobre a ausência de enfrentamento pela decisão recorrida da caracterização dos ingressos das variações monetárias em relação ao regime de competência.

Já não mais sobexistem razões que dificultem o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo 1º, artigo 3º da Lei nº 9.718/98 em face da ampliação da base de cálculo do tributo, uma vez que desde novembro de 2005 foi declarado pelo E. Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade desse dispositivo.

Processo nº 10730.002730/2003-13
Acórdão n.º **9303-002.359**

CSRF-T3
Fl. 1.982

Assim sendo, também com base no Art. 62-A do RICARF, nego provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional porque excluindo do lançamento as receitas financeiras, nelas incluída a variação cambial, tudo presente nas planilhas anexas ao auto de infração, posto que, independentemente do regime de competência tais verbas não se enquadram no conceito de faturamento.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2013.

FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA -
Relator