



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

Processo nº 10805.001630/2005-11
Recurso nº 272.401 Voluntário
Acórdão nº 3803-01.228 – 3ª Turma Especial
Sessão de 03 de fevereiro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - COFINS
Recorrente WILTON ROVERI ADVOGADOS ASSOCIADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE DE LEI.

A Cofins devida em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente à instituição do regime da não-cumulatividade pela Lei nº 10.833/2003, cujos dispositivos se tornaram aplicáveis a partir de fevereiro de 2004, incide sobre o faturamento da pessoa jurídica, não alcançando as demais receitas auferidas. O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da contribuição instituído anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/1998. O CARF encontra-se autorizado a afastar a aplicação de lei julgada inconstitucional pelo Pleno do STF. Trata-se de matéria objeto de repercussão geral já admitida pelo STF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir da base de cálculo do lançamento o valor das receitas financeiras. Vencido o relator. Designado o conselheiro Hélcio Lafetá Reis para redação do voto vencedor.

Alexandre Kern - Presidente.

cl.

Daniel M. Fedato

Daniel Mauricio Fedato - Relator.

Hélcio Lafetá Reis

Hélcio Lafetá Reis - Redator Designado.

Participaram também da sessão de julgamento os conselheiros: Belchior Melo de Sousa, Carlos Henrique Martins de Lima e Rangel Perrucci Fiorin.

Relatório

Lavrou-se contra a Contribuinte identificada Auto de Infração (fls. 39/42) no montante de R\$ 15.374,13, oriundo da ausência de recolhimento da Cofins do Ano-calendário de 2001.

O termo de Ação Fiscal (fls. 33/34) constatou:

“I — Do objeto da fiscalização:

A ação fiscal (.), teve como objeto a verificação da regularidade das receitas apresentadas na (.) DIPJ 2002 — face a incompatibilidade constatada em relação às receitas informadas nas DIRFs entregues na Receita Federal, em que o contribuinte supra identificado figura como beneficiário.

(...) o contribuinte informou em 21/07/2005 que (...) clientes não constaram na declaração do IRPJ, por lapso na escrituração, gerando a diferença de R\$ 115.346,90.

B) PIS E COFINS

Conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas/Apuradas referente ao ano Calendário de 2001, anexo ao presente, além das diferenças decorrentes das receitas não declaradas acima relatadas, apuramos que o contribuinte deixou de incluir as receitas de Rendimentos Líquidos de Aplicações Financeiras nas bases de cálculo do PIS e COFINS recolhidos, referente aos períodos de apuração de JANEIRO a DEZEMBRO/2001.

Constatamos, ainda, que o contribuinte deixou de incluir na base de cálculo do PIS e da COFINS do mês de AGOSTO/2001 o valor de R\$ 18.978,46, referente a serviços prestados a pessoas jurídicas, conforme planilhas de cálculo em anexo.”

A Recorrente irrisignada com o crédito tributário apurado, ingressou Impugnação (fls. 45/47) alegando em síntese que:

“Entendeu a Sra. auditora fiscal que teria a empresa deixado de incluir as receitas relativas a rendimentos líquidos de aplicações financeiras nas bases de cálculo do PIS e da COFINS recolhidos, referente aos períodos de apuração de Janeiro a Dezembro de 2.001.

Ocorre que desde a edição da Lei complementar no. 7, de 7 de setembro de 1.970, e a no. 70, de 30 de dezembro de 1.991, a base de cálculo de ambas as contribuições sempre foi o faturamento mensal das empresas, entendido este como o produto da prestação dos serviços efetuada pelo contribuinte.

Entretanto, a aplicação da Lei 9718/98, pretende fazer valer a Sra. auditora, alargando a base de cálculo de referidos impostos também para a incidência sobre a receita financeira apurada pela contribuinte é totalmente ilegal e não merece acolhimento.

Ao equiparar conceitos de faturamento e de receita bruta, definida esta, como pretende a receita, como a totalidade de receitas que a pessoa jurídica venha a apurar, sendo irrelevante o tipo de atividade exercida e sua classificação contábil, acaba por ampliar a base de cálculo de PIS e da COFINS, que constitucionalmente não é previsto ao teor da emenda constitucional 20/98 que recepcionou a Lei complementar 7/70 e de acordo com o artigo 195, do CTN.

...
Por todos esses motivos e em especial tocante à COFINS, sobre o qual versa a atuação verificada no processo administrativo em questão, é o presente recurso, para que seja revisto o entendimento da Sra. Auditora, em especial por ocorrer ilegalidade na decisão já com entendimento pacificado pelo STF, excluindo o valor principal e os acréscimos computado no auto, no que tange à tributação da receita financeira. Quanto à tributação por receita não declarada por lapso administrativo, requer seja concedida a prorrogação do benefício de redução da multa, nos termos do artigo 44, inciso I da Lei 9.430/06, a fim de que prejuízos não sejam causados ao contribuinte, quanto ao remanescente da autuação, que não será objeto de recurso."

Por sua vez a DRJ de Campinas/SP, em seu Acórdão nº 05-23.897 (fls. 59/60) proferido em 23.10.08, julgou o Lançamento procedente sob a argumentação de que o controle de constitucionalidade de Lei é de competência exclusiva do Poder Judiciário. A decisão teve a Ementa vazada nos seguintes termos, "in verbis":

"CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

O controle da constitucionalidade das Leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o lançamento. O julgamento administrativo é atividade que se limita a examinar a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO.

Constatada a falta de retenção/recolhimento da contribuição, correta a exigência de ofício do tributo não recolhido.

Lançamento Procedente."

Insatisfeita, a Autora apresentou Recurso Voluntário (fls. 69/71) reapresentando suas considerações aduzidas na Impugnação, de que:

- a) houve ilegalidade na Autuação, pois desde a edição da LC 07/70, a base de cálculo de ambas as contribuições sempre foi o faturamento mensal, entretanto a aplicação da Lei 9718/98, fez a Auditora acolher o alargamento da base de cálculo;
- b) irrelevante o tipo de atividade exercida, e sua classificação contábil, ao equiparar conceitos de faturamento e de Receita Bruta, inclusive está questão já foi ventilada no STF declarando que a expressão receita bruta não é igual a faturamento, mas poderá sê-lo se a lei assim o definir como tal;

cl

- c) “vindo de encontro a este entendimento está a recente decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que decidiu, sem possibilidade de revisão, que ” as contribuições do PIS e da COFINS devem incidir sobre a receita bruta das empresas , entendendo-se receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade exercida e a classificação fiscal adotada para as empresas”; e
- d) quanto a tributação por receita não declarada por lapso administrativo, requer seja concedida a prorrogação do benefício de redução da multa, nos termos do artigo 44, inciso I da Lei 9.430/06, a fim de que prejuízos não sejam causados ao contribuinte, quanto ao remanescente da autuação, que não será objeto de recurso, e que sequer foi julgado pela Delegacia da Receita Federal.

Com essas argumentações epigrafadas e arrimada no entendimento do STJ e STF, a Interessada fustiga a decisão da DRJ, aguardando deste Conselho provimento do Recurso Voluntário.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Daniel Maurício Fedato, Relator.

O Recurso é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço e passo a votar.

Conforme Relatório demonstra a Interessada guerreia o alargamento da base de cálculo promovido pela modificação da Lei 9.718/98, referente aos rendimentos de aplicações financeiras.

Já de início observo que este Conselho não detêm competência para pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de Lei, essa atribuição cinge-se somente ao Poder Judiciário. Firmo esse entendimento com a Súmula nº 02 do CARF, “*in verbis*”:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de Lei tributária.”

Diante do exposto, no que tange a tributação por receita, não há que se falar em concessão de prorrogação do benefício de redução de multa, conforme almeja a Recorrente arrimada nos termos do Art. 44, Inciso I da Lei 9.430/06.

Sob este figurino, arrimado na Súmula nº 02 do CARF, nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.



Daniel Mauricio Fedato

Voto Vencedor

Conselheiro Hécio Lafetá Reis - Redator Designado..

Conforme consta do Termo de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 33 a 34), a auditoria teve por objeto a verificação da regularidade das receitas apresentadas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ 2002 - em relação às receitas informadas nas Declarações de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) entregues à Receita Federal, em que o contribuinte figurou como beneficiário.


Como resultado dos trabalhos fiscais, foram incluídas na base de cálculo da contribuição as receitas relativas a serviços prestados a outras pessoas jurídicas, bem como as receitas financeiras identificadas durante a auditoria realizada, tendo por fundamento legal os arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/1998.

Tal procedimento fiscal se pautou pela dicção da redação então vigente do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 que alargou o conceito do termo “faturamento” no sentido de abranger, além das receitas brutas decorrentes das vendas de mercadorias e serviços, as demais receitas, independentemente de sua classificação contábil-fiscal.

A Lei nº 9.718/1998, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998, foi publicada em novembro de 1998 quando vigia a redação original do art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, em que se previa apenas o faturamento como hipótese de incidência da contribuição social, não constando a possibilidade de alcançar outras receitas auferidas pela pessoa jurídica, o que veio a ocorrer somente em dezembro do mesmo ano por meio da Emenda Constitucional nº 20.

Em razão disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela inconstitucionalidade da exação, conforme se depreende do excerto a seguir reproduzido:

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. (STF, Plenário, RE 346.084/PR, DJ 02/09/2006) - Grifei

De acordo com o entendimento do STF, o alargamento posterior da base de cálculo da contribuição de “faturamento” para “receita e faturamento”, operada por meio da Emenda Constitucional nº 20/1998, não teve o condão de convalidar legislação anterior que previa a incidência da Cofins e da Contribuição para o PIS sobre a totalidade das receitas da pessoa jurídica.

Não se pode olvidar que o termo faturamento refere-se ao somatório das receitas decorrentes de vendas de mercadorias ou serviços, conforme se depreende do contido no art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, *in verbis*:

*Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o **faturamento mensal**, assim considerado a **receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.** (grifei)*

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.*

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter considerado o conceito de faturamento equivalente ao de “receita bruta”¹ não pode ser interpretado como dilatação autorizada do alcance de tais institutos, pois o termo “receita bruta” foi considerado como coincidente com o de faturamento, ou seja, a totalidade das receitas provenientes da venda de mercadorias e serviços.

A possibilidade de tributar outras receitas somente passou a vigorar após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, quando se incluiu, dentre as hipóteses de fatos geradores das contribuições sociais, a “receita” genericamente considerada.

O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – prevê dispensa, por parte dos julgadores, de observância de lei já declarada inconstitucional pelo Pleno do STF, a saber:

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:

¹ ADIn nº 1-1/DF

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

Além disso, deve-se ressaltar que referida matéria já teve o mérito da Repercussão Geral julgado pelo STF, conforme *decisum* reproduzido a seguir, tendo como *leading case* o RE nº 527/602, o que, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, acarreta o dever de observância do seu teor pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

31. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 8º.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento da Corte no sentido da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, que alargou a base de cálculo do PIS e da Cofins, para reconhecer que a receita bruta (faturamento) seria a “totalidade das receitas auferidas” pelas empresas.

A decisão, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 527602, seguiu o entendimento do ministro Marco Aurélio, para quem o novo conceito de faturamento criado pelo dispositivo questionado – uma lei ordinária, foi além do que previu a Constituição Federal – que determinava a necessidade de uma lei complementar para tal.

Já o artigo 8º da mesma lei, que aumentou a alíquota da contribuição, de 2% para 3%, foi considerado constitucional pela Corte, uma vez que não existe a necessidade de lei complementar para tratar do aumento da alíquota.

Os ministros se mantiveram fiéis a uma série de REs julgados recentemente pela Corte que tratavam deste assunto – como os recursos 357950, 390840, 358273, 346084 e 336134.

Leading case: RE 527.602, Min. Eros Grau, relator para o acórdão Min. Marco Aurélio

Dessa forma, considerando a inconstitucionalidade declarada pelo Pleno do STF do alargamento da base de cálculo da contribuição operado por meio do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, no sentido de cancelar as parcelas do auto de infração relativas à inclusão das receitas financeiras na base de cálculo da contribuição, mantendo-se o lançamento de ofício referente às receitas de vendas de mercadorias e/ou serviços por se subsumirem no conceito de faturamento.

É como voto.


Hélcio Lafetá Reís

