



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

Processo n° 10920.001199/2003-16
Recurso n° 240.893 Especial do Procurador
Acórdão n° **9303-002.286 – 3ª Turma**
Sessão de 18 de junho de 2013
Matéria AI Cofins Alargamento da base de cálculo
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado INCASA S/A

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2002

COFINS. Base de Cálculo. Alargamento. Aplicação de Decisão Inequívoca 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 Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

Relatório

Por bem relatar os fatos, transcrevo o relatório do acórdão recorrido.

Cuida-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da DRJ/CURITIBA-PR, que manteve parcialmente o lançamento referente as contribuições para o PIS e a COFINS relativo ao período de 01 de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2002.

Trata-se de lavratura de Auto de Infração em relação a falta e insuficiência de recolhimento das contribuições devidas relativas aos fatos geradores do período supra mencionado.

Foram afastado do lançamento os valores de R\$ 16.875,91 referente a recuperação de IPI, R\$ 33.521,25 a título de reavaliação de bens e R\$ 24.445,76 relacionado ao erro da própria fiscalização.

Em resposta ao questionamento formulado pela fiscalização (fl.18) em relação a exclusão do valor do ICMS do valor do faturamento, respondeu que, o ICMS não é receita e o mesmo é repassado ao Estado federado, concluiu : "...Esse procedimento segue a orientação adotada pela Empresa de que, nos termos do voto proferido no Supremo Tribunal Federal no RE 240.785/MG, o valor ICMS, embora agregado ao valor da mercadoria por força da legislação de regência do ICMS, não representa receita do contribuinte, mas sim receita do Estado federado, não podendo por isto constituir a base de cálculo do PIS nem da COFINS sob pena de vulneração do art. 195 da Constituição Federal na medida em que se estaria a tributar receita que não é do contribuinte, mas sim do Estado da Federação."

Alega nulidade do auto de infração por vicio insanável, por tratar-se de reexame de fiscalização de PIS/COFINS para o período de janeiro de 1998 a março de 1999, por meio de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar, estendendo a fiscalização aos períodos de 1998 e 2002 (fls. 1357), conforme termo de intimação n. 005, sem a prévia autorização escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal, por desobediência à forma prescrita em lei.

Alegou também em preliminar a inadequada presunção fiscal por ausência de demonstração clara dos indícios que o levaram a fazer à grave opção. Segundo a Recorrente a presunção decorre do fato de que, quando a empresa intimada apresentar

documentos e/ou prestar esclarecimentos quanto às "outras exclusões" contidas nas DIPJ's de 2000, 2001 e 2002, teria firmado conforme documento à fl. 1356 que, tais valores correspondiam às exclusões das receitas de terceiros (Lei 9.718/98, art. 3º, parágrafo 2º), sobretudo relativas ao ICMS excluído da base de cálculo e não teria havido por parte da fiscalização o cuidado de analisar os livros fiscais a fim de vislumbrar o que estava incluído em outras exclusões.

Em outro momento alega vícios formais de modo genéricos, deixando, portanto, de especificar quais teriam sido estes vícios capazes de causar nulidade do auto de infração.

Sustenta também decadência com fundamento no art. 150, parágrafo 4º do Código Tributário Nacional, salienta que, o Auto de Infração, a priori, teria alcançado o período de janeiro de 1998 até dezembro de 2002, sendo que, a empresa tomou conhecimento do início da fiscalização em 13 de março de 2003.

O auto de infração foi lavrado em 07/11/2003 e a recorrente tomou ciência em 11 de novembro de 2003. Ressalta, ainda, que o tributo, caso fosse devido, só poderia ser exigido do aless de novembro de 1998 em diante, e, finaliza requerendo o conhecimento da decadência em relação as competências de janeiro a outubro de 1998.

No mérito alega a improcedência do lançamento referente as supostas infrações relativas as "outras exclusões", ICMS, variações cambiais, receita financeiras, operações de Swap, Retenção por Órgão Público, Contratos de Câmbio de liquidação simultânea e Multa de Ofício.

Em relação ao ICMS continua sustentando que o mesmo não é receita e tampouco faturamento, portanto, a COFINS e o PIS não devem incidir sobre o valor do deste tributo que se encontra inserido no valor do produto comercializado.

Em relação as demais receitas incluídas na base de cálculo pela fiscalização decorre da alteração introduzida pelo art. 3º da Lei 9718/98, passou a considerar como faturamento, ampliando a base de cálculo da COFINS.

Sustenta, ainda, que embora a Fiscalização tenha reconhecido à fl. 1357 as retenções de tributos Retido na Fonte por Órgãos Públicos, conforme comprovantes de rendimentos pagos e de retenções referentes a IR, CSLL, COFINS e PIS, conforme art. 64 da Lei 9.430/96, deixou de deduzir quando do suposto débito apurado em relação aos anos 2000 (fl.1390) e 2002 (fl.1411).

Decidindo o feito, o Colegiado recorrido negou provimento ao recurso voluntário, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO. REEXAME DE EXERCÍCIO SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O novo exame de período já fiscalizado só é possível mediante ordem escrita do Superintendente, Delegado ou Inspetor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, todavia, referida aquiescência deve anteceder à efetiva lavratura do instrumento de autuação.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

RETENÇÃO POR ÓRGÃO PÚBLICO. COMPENSAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CONTRIBUINTE EM DEDUZIR DO DÉBITO EXIGIDO.

Restado comprovado por meio de documentos idôneos os valores retidos por Órgãos Públicos, é direito do contribuinte em utilizá-los na dedução do valor exigido pelo fisco.

BASE DE CÁLCULO.

A base cálculo para apuração do PIS e a COFINS se restringe tão-só ao faturamento da empresa, conforme decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF, que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/99 que promoveu o alargamento da base de cálculo destas contribuições.

Recurso provido em parte.

Inconformada com a decisão Colegiada, a PGFN apresentou recurso especial, fls. 1651 a 1665, onde requer a reforma do acórdão recorrido no sentido de se restabelecer a exação fiscal referente ao alargamento da base de cálculo da contribuição, trazido pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

Por meio do despacho de fl. 1670, o especial da Fazenda Nacional foi admitido.

Contrarrazões vieram às fls. 1684 a 1695.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

A teor do relatado, a matéria devolvida ao Colegiado cinge-se ao alargamento da base de cálculo da Cofins, trazido pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

O Recurso Fazendário enveredou no sentido defender a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que se incluía no campo de incidência dessa contribuição, à época dos fatos, toda e qualquer receita, por força do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998. Assim, nesta parte do recurso, o limite da lide restringe-se ao alargamento da base de cálculo dessa contribuição.

Até o advento da Lei 9.718/1998, a base de cálculo dessa contribuição era a receita bruta decorrente da venda de bens, de serviços ou de bens e serviços (conceito de faturamento). Todavia, o § 1º do art. 3º dessa Lei alterou o campo de incidência do PIS/Pasep e da Cofins, alargando-o, de modo a alcançar toda e qualquer receita auferida pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida e da classificação contábil das receitas. Desta forma, sob a égide desse dispositivo legal, dúvida não havia de que as receitas financeiras e quaisquer outras comporiam a base de cálculo dessa contribuição. Correto, portanto, o lançamento fiscal. Acontece, porém, que o STF, em controle difuso, julgou inconstitucional esse dispositivo legal. Cabe então verificar os efeitos dessa decisão pretoriana sobre a tributação ora em exame.

Entende-se que o controle concreto de constitucionalidade tem efeito interpartes, não beneficiando nem prejudicando terceiros alheios à lide. Para que produza efeitos *erga omnis*, é preciso que o Senado Federal edite resolução suspendendo a execução do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF. Não desconheço que o Ministro Gilmar Mendes, há muito vem defendendo a desnecessidade do ato senatorial para dar efeitos gerais às decisões da Corte Maior, mas essa posição ainda não foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora alguns passos importantes já foram dados, como é o caso da súmula vinculante. De qualquer sorte, a resolução senatorial ainda se faz necessária, para estender o alcance de decisões interpartes a terceiros alheios à demanda.

De outro lado, o regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais trouxe a possibilidade de se estender as decisões do STF, em controle difuso, aos julgados administrativos, conforme preceitua a Portaria nº 256/2009, Anexo II, art. 69. Este dispositivo reproduz a mesma redação prevista no regimento anterior (art. 49, na redação dada pela Portaria nº 147/2007): ***É vedado afastar a aplicação de lei, exceto ... "I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.***

¹ Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Note-se que tal dispositivo cria exceção à regra que veda este Colegiado afastar a aplicação de dispositivo legal, mas exige que a inconstitucionalidade desse dispositivo já tenha sido declarada por decisão definitiva do plenário do STF. Não basta qualquer decisão da Corte Maior, tem de ser de seu plenário, e, deve-se entender como definitiva a decisão que passa a nortear a jurisprudência desse tribunal nessa matéria. Em outras palavras, decisão definitiva, na acepção do art. 69 do RICARF, é aquela reiterada, assentada na Corte.

O caso dos autos, a meu sentir, amolda-se, perfeitamente, à norma inserta no artigo 69 suso transcrito, posto que a questão da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 encontra-se apascentada no Supremo Tribunal Federal, inclusive, fez parte de minuta de súmula vinculante, que não foi adiante por causa de outra decisão desse Tribunal, referindo-se à base de cálculo das contribuições devidas pelas seguradoras. Neste caso, houve certa confusão sobre o conceito de faturamento e de receita, o que levou o STF a não sumular a matéria sobre o alargamento da base de cálculo das contribuições, mas, de qualquer sorte, continua valendo a decisão no tocante à base de cálculo das contribuições incidentes sobre sociedades não financeiras ou seguradoras.

Em outro giro, tem-se notícia de que a própria PGFN já emitiu parecer no sentido de autorizar seus procuradores a não mais recorrerem das decisões judiciais que reconheçam a inconstitucionalidade do denominado alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, fato esse que corrobora o entendimento de se aplicar ao caso em exame a decisão plenária do STF sobre o indigitado alargamento da base de cálculo da Cofins.

A jurisprudência do CARF apascentou-se no sentido de estender a decisão do STF sobre o alargamento da base de cálculo das contribuições aos julgamentos administrativos.

Aplicando-se, pois ao caso ora em exame, a decisão do STF que julgou inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, até a vigência da Lei 10.833//2003, a base de cálculo da Cofins voltou a ser a receita bruta correspondente a faturamento, assim entendido como o produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica.

Todavia, a partir de 1º de fevereiro de 2004, por força do disposto no inciso I, do art. 93 da Lei 10.833/2003, passou a vigor os artigos 1º a 15º e 25 dessa lei, sendo que, justamente, o artigo primeiro desse diploma legal restabelece a base alargada da Cofins, nos termos seguintes:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, 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.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

De todo o exposto, pode-se concluir que, anteriormente a 1º de fevereiro de 2004, data de vigência dos arts. 1º a 15 e 25 da Lei nº 10.833/2003, a base de cálculo da Cofins era o faturamento, assim entendido a receita bruta correspondente ao produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica. Neste

Processo nº 10920.001199/2003-16
Acórdão n.º **9303-002.286**

CSRF-T3
Fl. 1.701

período as receitas financeiras não integravam a base de cálculo da contribuição. A partir dessa data, por força do art. 1º desse diploma legal, as sociedades empresárias sujeitas à incidência não-cumulativa da Cofins estavam sujeitas ao pagamento da contribuição em comento sobre o total das receitas auferidas (receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica), independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Aí incluídas as receitas acima aludidas. Todavia, como caso dos autos o lançamento refere-se a períodos de apuração anteriores a fevereiro de 2004, sobre receitas financeiras não incidia Cofins.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

Henrique Pinheiro Torres