



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

Processo nº 10940.001818/2003-34
Recurso nº 135.309 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.138 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2008
Matéria COFINS
Recorrente MADEIREIRA THOMASI
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2002

NORMAS PROCESSUAIS. ÔNUS DA PROVA.

Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo tributário, compete à autoridade lançadora a prova das circunstâncias que tornam exigível o tributo.

NORMAS PROCESSUAIS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEL E EFEITOS.

Desde a edição da Portaria MF 147/2007, estão os conselheiros membros do Conselho de Contribuintes autorizados a aplicar decisão plenária do Supremo Tribunal Federal prolatada no controle difuso da constitucionalidade dos atos legais em que seja parte outro contribuinte, desde que convencidos da exata subsunção da matéria sob análise àquela decisão. No julgamento do recurso extraordinário 346.084 fixou aquela Corte o entendimento de que a noção de faturamento para efeito de exigência das contribuições PIS/PASEP e COFINS, na forma prevista na Lei 9.718/98, não se confunde com a totalidade das receitas auferidas como pretendia o § 1º do art. 3º daquela lei, considerado inconstitucional. No mesmo julgamento ficou assentado que, no caso de empresas que tenham por atividade a venda de mercadorias, o faturamento se restringe às receitas oriundas dessa atividade, não alcançando receitas de natureza financeira, aluguéis e outras.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos

1

os Conselheiros Nayra Bastos Manatta e Robson José Bayerl (Suplente), que não afastavam o alongamento da base de cálculo introduzida pela Lei 9.718.


NAYRA BASTOS MANATTA

Presidenta


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Arno Jerke Júnior (Suplente) e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Entra em pauta pela terceira vez recurso do contribuinte contra decisão que manteve autuação da COFINS contra ele lavrada. Na primeira ocasião, o relator de então, dr. Jorge Freire, propôs a realização de diligência para que a fiscalização discriminasse as contas incluídas no lançamento, que a empresa alegava desconhecer. Cumprida a diligência quando aquele i. relator já não mais figurava como conselheiro, o processo foi a mim distribuído.

Coloquei-o em pauta em sessão realizada no mês de outubro de 2008 requerendo que fosse ele novamente baixado à instância preparadora para que desse ciência das conclusões a que a fiscalização chegara no cumprimento da diligência proposta. Naquela oportunidade, assim o relatei:

Retorna a exame pela Câmara recurso do contribuinte contra decisão da DRJ Curitiba que considerara procedente autuação para exigência da COFINS que o contribuinte teria deixado de recolher no período compreendido entre janeiro de 1999 e dezembro de 2002

Diante dos argumentos expendidos pelo contribuinte no recurso tempestivamente ofertado, concordou o Colegiado com o voto do então relator, Conselheiro Jorge Freire, proferido em sessão de janeiro de 2007, no sentido de realização de diligência. Em virtude de seu afastamento, o processo foi a mim redistribuído

Na requisição da diligência, solicito o conselheiro.

“...que o auditor autuante especifique uma a uma as receitas consideradas no lançamento como ‘outras receitas operacionais’, bem como o valor de cada uma delas no cômputo do cálculo da contribuição sob exação e o período abarcado pelo lançamento em que elas teriam sido incluídas, além de abril a dezembro de 2000, se for o caso. Após essa especificação pelo órgão local da SRF, intime-se o contribuinte para, em trinta dias da ciência, manifestar-se sobre a inclusão de cada receita arrolada como ‘outras receitas operacionais’”.

O processo retornou com a substancial informação produzida pela fiscalização da DRF Ponta Grossa anexada entre fls. 412 e 466, e que culmina com as planilhas de fls. 467 a 470, em que se discrimina, como solicitado, cada receita integrante do grupo Outras Receitas Operacionais no lançamento, e com o relatório de diligência fiscal de fls. 471 e 472. Pela planilha se observa que as outras receitas operacionais incluídas no lançamento referem-se a aluguéis e arrendamentos, fretes recebidos, seguro sobre exportação, recuperações de tributos (PIS, COFINS e IPI), descontos obtidos, juros recebidos (de clientes, por atrasos, e de eletrobrás), receitas de aplicações financeiras curto prazo e variações monetárias ativas além da conta “RECEITAS EVENTUAIS”. Esta última foi objeto de pedido de esclarecimentos à empresa quanto ao que estaria aí contabilizado. A empresa respondeu sobre cada lançamento efetuado em cada ano da autuação, podendo-se constatar tratar-se, em geral, de lançamentos de estornos e baixas de passivos não pagos.

Apesar dessa intimação para prestar esclarecimentos, por meio da qual a empresa se pronunciou nos autos, não lhe foi dada ciência das conclusões da diligência, especialmente das planilhas discriminatórias das contas incluídas nas bases de cálculo, nem aberto prazo para se manifestar sobre a inclusão de cada conta no lançamento, o que havia sido apontado em seu recurso como causa de nulidade da autuação e determinara a proposição de diligência que visava ao saneamento do processo.

Esse aspecto da diligência revela-se, porém, imprescindível, visto que ela fora requerida exatamente para sanear o processo, com base nas disposições do art. 60 do Decreto 70.235/72, em vista das alegações de cerceamento presentes no recurso.

Com essas considerações, proponho o retorno dos autos à instância preparadora para que se cumpra a providência pendente, qual seja, dar ciência à empresa das conclusões da diligência realizada e abrir prazo de trinta dias para novo pronunciamento.

Finalmente cumprida a providência faltante, retornam os autos com a petição de fls. 508/512 em que a empresa se pronuncia sobre as conclusões fiscais. Aí repete que a fiscalização não conseguiu desincumbir-se a contento das solicitações desta Casa visto que “os valores discriminados no anexo do Relatório de Diligência Fiscal não são suficientes para esclarecer a fonte da autuação ora discutida, haja vista que não qualquer relação destes com os expressos no auto de infração”. Por esse motivo, reitera a sua postulação de nulidade da

autuação por cerceamento do seu direito de defesa. Caso não seja acatada tal postulação, pugna pela improcedência do lançamento com base na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 proferida pelo STF, dado que todas as contas mencionadas pela autoridade fiscal (aluguéis, fretes, receitas financeiras) não podem ser incluídas na base de cálculo da contribuição com base no alargamento pretendido do conceito de faturamento. Citando decisões do Primeiro Conselho, postula que deve a instância administrativa dar imediata aplicação à decisão do STF ainda que tenha sido ela proferida no controle difuso e em ação de outro contribuinte.

Cabe, por fim, destacar que a autuação inclui os períodos de apuração janeiro de 1999, em que ainda não vigente a Lei nº 9.718/98, e dezembro de 2002, em que já vigente a Lei nº 10.637/2002. Apesar disso, no relatório conclusivo de sua diligência, a autoridade fiscal não fornece qualquer esclarecimento acerca do primeiro mês, limitando-se a listar as contas que teriam sido incluídas a partir do mês de fevereiro de 1999.

No seu recurso, e mesmo na resposta ao relatório de diligência, a empresa nada menciona quanto ao último mês, não afetado pela declaração de inconstitucionalidade cuja aplicação postula, mas inclui sua insurgência contra a multa aplicada, que aduz confiscatória e em afronta a dispositivos constitucionais que menciona. Combate ainda a aplicação da taxa Selic como juros de mora, dado que não teria lei definidora e orientadora de sua fixação, o que contrariaria o art. 161 do CTN.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Relator

O recurso merece integral provimento.

Para o seu exame, é necessário separar o mês de janeiro de 1999 do restante da autuação. É que, como é bem sabido, neste mês ainda não produziam efeito as disposições da Lei 9.718/98 que pretenderam alargar o conceito de faturamento para fazê-lo coincidir com a totalidade das receitas auferidas. Naquele mês, portanto, a autuação deve encontrar fundamento de validade nas disposições da Lei Complementar nº 70/91, mas precisamente no seu art. 2º, que define a base de cálculo da contribuição:

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

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.

Como se vê, ainda que se refira à mesma expressão utilizada na lei posterior -- faturamento -- claramente o identifica a um grupo específico de receitas, aquelas obtidas com a venda de mercadorias e/ou a prestação de serviços. Não há, por conseguinte, espaço para tributar as "outras receitas operacionais" auferidas pela empresa no mês de janeiro de 1999.

Na autuação não foi feita qualquer discriminação das bases de cálculo apuradas pela autoridade fiscal, o que motivou a solicitação de diligência. Em seu cumprimento, aquela autoridade apenas discriminou as outras receitas operacionais tributadas entre os meses de fevereiro de 1999 e dezembro de 2002. Isso pode levar à conclusão de que no mês de janeiro não se incluíram as outras receitas, mas apenas diferenças nas receitas de vendas.

Ocorre que não há nos autos nenhuma demonstração que o comprove. A fiscalização, de fato, já partiu da base de cálculo por ela encontrada, sem sequer indicar o que a compõe neste mês. Ademais, em sua descrição de fatos, apenas se refere às demais receitas e apenas menciona as leis 9.718 e 10.833.

Desse modo, entendendo não adequadamente comprovada a exigência relativa ao mês de janeiro de 1999. É que esse dever competia à autoridade fiscal, no-lo diz o art. 333, inciso I do CPC, que tem aplicação subsidiária ao processo administrativo. Confira-se:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito,

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte,

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Esse dispositivo serve de base, em meu entender, à exigência prevista tanto no art. 142 do CTN quanto no art. 10 do Decreto 70.235/72 relativamente à determinação da matéria tributável. Com efeito, tal exigência não se resume a apresentar no auto de infração o montante da base de cálculo considerada devida. É mister que se a discrimine, de modo a que o contribuinte a possa confrontar com os seus próprios assentamentos e entender a exigência que se lhe faz.

Apesar disso, não entendeu a Câmara que a ausência de discriminação fosse caso de nulidade absoluta da autuação, por conta das disposições dos arts. 59 e 60 do mesmo decreto regulamentar. Daí porque se requereu, em diligência, a discriminação da base de cálculo adotada na autuação.



Mesmo após o seu cumprimento, entretanto, não se sabe quais receitas a fiscalização considerou integrantes da base de cálculo naquele mês e qual a razão da diferença entre ela e a apuração efetuada pela contribuinte.

Com essas considerações, sou pelo afastamento da exigência, pela falta de prova de sua correção.

Já no que concerne ao período iniciado em fevereiro de 1999, a base de cálculo é dada pelo art. 3º da Lei 9.718/98, e especialmente o seu parágrafo 1º, que equiparou o conceito de faturamento ao de totalidade das receitas auferidas. Exatamente por isso mesmo, em meu entender, também não pode ser mantida a autuação.

E assim penso porque o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade daquele parágrafo. Com efeito, no julgamento dos recursos extraordinários nº 346.084 e 357.950, a Corte Maior, em sua composição plena, deu o entendimento de que o faturamento a que se refere aquela lei não pode ser confundido com a totalidade das receitas auferidas como pretendia o inconstitucional parágrafo. Para as empresas comerciais e de prestação de serviços, as decisões não deixam dúvida de que o primeiro restringe-se ao somatório das receitas provenientes da venda de bens ou da prestação de serviços, que corresponde ao resultado das atividades empresariais típicas de tais entidades.

Apenas com respeito às instituições financeiras remanescem dúvidas quanto ao exato conteúdo da expressão faturamento para aquele Tribunal, dada a equiparação que a ele se fez das "receitas provenientes das atividades empresariais típicas". Mas aqui não se trata de instituição financeira.

Não restam dúvidas, por conseguinte, de que, até o período de apuração dezembro de 2003, não se incluem na base de cálculo da COFINS segundo o *caput* do art. 3º da Lei nº 9.718/98, receitas que extrapolem o restritivo conceito de faturamento acima destacado. Não o integram, por isso, nem as receitas financeiras, nem as receitas de aluguéis ou quaisquer outras que não impliquem seja venda de mercadorias seja prestação de serviços.

Ao lado disso, o vigente Regimento Interno do Conselho de Contribuintes traz autorização aos seus membros para afastar a aplicação de lei já declarada inconstitucional pelo Plenário do STJ. Refiro-me, como é bem sabido, ao art. 49 da Portaria MF 147/2007.

Tenho reiteradamente manifestado meu entendimento de que o citado artigo não obriga os conselheiros a essa aplicação, mas os autoriza a fazê-lo sempre que convencidos da subsunção do caso sob exame ao conteúdo ali produzido. Tratando-se da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, reconheço hoje que a dificuldade de aplicação se restringe às instituições financeiras, para as quais o voto condutor do acórdão proferido no primeiro processo julgado deixa sub-entendido que o faturamento – sinônimo de receitas das atividades empresariais típicas – seria, coerentemente, composto pelas receitas financeiras. Para as demais empresas – industriais, comerciais e de serviços – ele não deixa dúvida de que o faturamento é apenas a receita obtida com a venda de produção, a revenda ou a prestação de serviços, respectivamente. Revejo, por isso, posicionamento anterior em que não aplicava aquela decisão mesmo para tais empresas. E sendo a autuada uma empresa comercial, dou aplicação àquela decisão, considerando improcedente a exigência sobre as outras receitas operacionais discriminadas nas planilhas de fls. 467/470.



Como consequência, perdem objeto as arguições do recurso contra a multa aplicada e a incidência de juros à Selic, visto que todo o principal perde fundamento de validade, devendo ser dado integral provimento ao recurso.

E é assim que voto.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2009


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS