



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

Processo nº	10980.005259/2005-27
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3102-001.844 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	21 de maio de 2013
Matéria	Pedido de Restituição - Cofins
Recorrente	DISMAR Distribuidora Maringá de Eletrodomésticos Ltda.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

PRAZO PRESCRICIONAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RESSARCIMENTO. RESTITUIÇÃO. LEI 118/05. APLICAÇÃO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, reconhecidas como de Repercussão Geral, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito é de 10 anos contados do seu fato gerador para as ações ajuizadas antes do decurso da *vacatio legis* de 120 dias da Lei Complementar nº 118/05, finda em 09 de junho de 2005, e de cinco anos para as ações ajuizadas após essa data.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, reconhecidas como de Repercussão Geral, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, até 1º de fevereiro de 2004, incide apenas sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta decorrente das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatorio e votos que integram o presente julgado.

(assinatura digital)

Luis Marcelo Guerra de Castro – Presidente

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator

EDITADO EM: 03/07/2013

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Nanci Gama, Ricardo Paulo Rosa, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, José Fernandes do Nascimento e Andréa Medrado Darzea.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Trata o presente processo do pedido de restituição acostado à inicial, relativo a valores que teriam sido recolhidos indevidamente pela interessada a título da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004 (PA 02/99 a 01/04), no montante de R\$ 6.901.992,09 (atualizado até junho/05, conforme planilha de fls. 06/07).

2 Inicialmente, a Delegacia da Receita Federal em Maringá (DRF/Maringá/PR) exarou o Despacho Decisório de fls. 19/23, indeferindo o pedido de reconhecimento do direito à restituição em tela, em decorrência:

“ – do decurso de prazo para os recolhimentos anteriores a 08/06/2000, nos termos do inciso I do art. 168, do CTN).

- de falta de previsão legal para as hipóteses de pagamentos indevidos apontadas pelo interessado; a Lei nº 9.718/98, de 1998, é vigente enquanto não afastados os seus efeitos por ato do Poder Judiciário competente.”

3 Cientificada da decisão da autoridade administrativa local acima mencionada em 07/03/2007, consoante se observa no Aviso de Recebimento (AR) de fl. 25, a contribuinte, irresignada, apresentou, em 23/03/2007, a Manifestação de Inconformidade de fls. 26/43, alegando, em síntese, que:

a) busca-se, por meio de pedido administrativo, a restituição de pagamento da COFINS recolhida com base na Lei nº 9.718/98 (e alterações), que modificaram a base de cálculo e alíquota dessa contribuição fixada pela Lei Complementar (LC) nº 70/91, já que a entende manifestamente inconstitucional (a Lei nº 9.718/98);

b) a decisão que entendeu que o direito à restituição dos pagamentos efetuados anteriormente a 08/06/2000 já decaiu não merece prosperar, vez que se trata a COFINS de tributo sujeito a lançamento por homologação, e, desta forma, a restituição dos valores recolhidos indevidamente aos cofres públicos pode ser pleiteada no prazo de 10 (dez) anos;

c) pelo art. 150, § 4º, do CTN, resta claro que, no lançamento por homologação, se a Fazenda Pública não se pronunciou no decurso de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador (como é o caso), considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito somente ao final desse lapso temporal;

d) dessa forma, a partir da extinção do crédito tributário, teria a contribuinte mais 5 (cinco) anos para pleitear a restituição dos valores que entender pagos indevidamente;

e) com as diversas ilegalidades e inconstitucionalidades da Lei nº 9.718/98, verificou-se o pagamento da COFINS de forma indevida, e, em sendo assim, a teor do que dispõe o art. 168, I, do CTN, a partir da extinção do crédito tributário, que se deu somente após 5 (cinco) anos contados do fato gerador, dispõe a contribuinte de mais 5 (cinco) anos para pleitear a restituição do pagamento indevidamente realizado;

f) na decisão recorrida alega-se que o art. 3º da LC nº 118, de 2005, deu interpretação restritiva quanto à extinção do crédito tributário por pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, devendo-se ressaltar, contudo, que esta lei só entrou em vigor no dia 09/06/2005, não alcançando, portanto, o referido pedido de restituição, que teve sua formalização realizada no dia 08/06/2005, conforme posicionamento já sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos de Agravo Regimental no Recurso Especial (Resp) nº 751.595/GO;

g) a jurisprudência do STJ (Resp 584.449/PE; Resp 553.514/RJ; AgRg no Ag 393.029/GO) não destoa do entendimento de que houve equívoco na decisão que manifestou como impássiveis de restituição os pagamentos que se deram entre 15/03/1999 a 15/02/2004, os quais não se encontram fulminados pela prescrição, já que o pedido administrativo foi protocolado em 08/06/2005 e, portanto, a requerente poderia pleitear a restituição de valores indevidamente pagos, conforme enquadramento no art. 168, I, do CTN, nos últimos 10 (dez) anos contados das datas acima indicadas (03/1999 até 02/2004);

h) ainda assim, para que não restem dúvidas quanto ao direito da manifestante, os argumentos que demonstram o direito de crédito dão conta de que, com o parágrafo primeiro do artigo 3º e com o art. 8º, ambos da Lei nº 9.718/98, criou-se uma contribuição totalmente nova, a qual passou a incidir não mais sobre o faturamento, mas sobre a totalidade das receitas das pessoas jurídicas;

i) a Lei nº 9.718/98, ao mudar a base de cálculo da COFINS, extrapolou os limites fixados pelo artigo 195, I, da Constituição (CF/88, redação original), que não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas;

j) a exigência de contribuições sobre receitas só passou a ser possível após a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 20/98, tendo se constatado, todavia, que até a edição da EC nº 20/98 não havia autorização constitucional para a incidência de contribuições sobre receitas (principalmente sobre a totalidade de receitas, como dispôs a Lei nº 9.718/98);

k) uma coisa é o “faturamento”, tal e qual previa a LC nº 70/91, outra é a “totalidade das receitas” (como prevê a Lei nº 9.718/98);

l) a própria LC nº 70/91, apesar de ter igualado os conceitos de “faturamento” e “receita bruta”, restringiu esta às receitas de vendas de mercadorias ou de serviços, tendo ficado quaisquer outras receitas excluídas da incidência;;

m) também o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/DF, definiu o que vem a ser faturamento, e essa definição em nada foge daquela fixada pela LC nº 70/91;

n) portanto, tudo aquilo que não é decorrente da receita bruta de venda de mercadorias ou de serviços de qualquer natureza não é faturamento, e, consequentemente, sobre tais valores não poderiam ser exigidas contribuições (pelo menos não com base no artigo 195, I – redação original);

o) a Lei nº 9.718/98, ao tentar fazer incidir a contribuição sobre a totalidade das receitas, mesmo com as exclusões de que trata o § 2º do art. 3º, acabou por alargar o conceito de faturamento para receitas que extrapolam aquelas decorrentes da venda de mercadorias e serviços; acabou por fazer incidir a contribuição, exemplificativamente, sobre as variações monetárias ativas (variações cambiais, atualização de contratos ativos, etc.) e sobre as receitas financeiras (aplicações financeiras, juros recebidos em mútuos, descontos recebidos de clientes por antecipação de pagamento, etc.);

p) portanto, trata-se, no caso, de uma nova imposição tributária, não havendo, todavia, antes da edição da EC nº 20/98, autorização constitucional para a exigência de contribuição sobre a “totalidade das receitas”;

q) ainda que pouco menos de um mês após a publicação da Lei nº 9.718/98 tenha sido editada a EC nº 20/98, não há como se admitir o fenômeno da recepção, já que este pressupõe que a norma a ser recepcionada pelo Texto Constitucional novo esteja de acordo com o texto anterior, o que, como demonstrado, definitivamente não é o caso;

r) as palavras do Eminent Juiz da 7ª Vara Federal de Curitiba, na liminar proferida no Mandado de Segurança nº 99.0005352-4, abordam, com absoluta precisão, o tema questionado, evidenciando a ilegalidade e inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, no que tange à modificação da base de cálculo procedida;

s) o STF (no RE nº 150.764) já se manifestou por mais de uma vez no sentido de que as expressões receita bruta e faturamento são equivalentes, significando ambas o produto de todas as vendas, estabelecendo o Pretório Excelso, com isso, os limites de significação do termo “faturamento” empregado no inciso I, do artigo 195 (da CF/88), ficando assim o legislador ordinário adstrito ao conceito ali estabelecido sob pena de negativa de vigência ao artigo 110 do CTN;

t) A Lei nº 9.718/98 ao dilatar o conceito de faturamento para abrigar qualquer tipo de receita auferida pela pessoa jurídica alterou sua acepção na forma em que é tradicionalmente entendido pelo Direito Privado, negando, com isso, vigência ao artigo 110 do CTN e violando o artigo 195, I, da CF/88 (redação original);

u) A 1ª. Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª. Região entendeu que é procedente o pedido de ação mandamental impetrada com o objetivo de obter a declaração do direito de recolher as contribuições ao PIS e COFINS conforme as LC nºs 07/70 e 70/91, pois alterações trazidas pela Lei nº 9.718/98 ferem princípios constitucionais, sendo inadmissível ter como apoio a EC nº 20/98, vez que esta é posterior àquela (AMS nº 2000.02.01.043783-2);

v) no entanto, a decisão acima referida aduz que não há dispositivos legais que autorizem a Administração Pública a acatar o pedido de restituição, pois implica no reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 pelo Poder Judiciário;

w) data vénia, não subsistem os argumentos supra, haja vista que a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, já foi declarada pelo STF no julgamento do RE nº 346.084/PR;

x) assim sendo, deve ser reconhecido o ato de restituição do contribuinte, vez que o STF já declarou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98 (RE 346.084, RE 358.273, RE 390.840 e RE-Agr 327.469);

y) face ao exposto, requer-se o deferimento do pedido de restituição da COFINS, recolhida no período de 15/03/1999 a 15/02/2004 (competência de fev/1999 a jan/2004), face às ilegalidades e inconstitucionalidades da Lei nº 9.718/98, para que a mesma seja compensada ou resarcida com a devida atualização pela taxa SELIC, que é a mesma utilizada pela Receita Federal do Brasil (RFB) na recuperação de seus créditos.

4 À fl. 44, tendo em vista o contido na Portaria RFB nº 340, de 22/02/2008, que transferiu a competência para julgamento dos processos relacionados em seu Anexo II, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Curitiba (DRJ/CTBA) para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro II (DRJ/RJO2), o presente processo foi encaminhado a esta DRJ/RJO2, para julgamento.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

COFINS. INDÉBITO FISCAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O pagamento antecipado extingue o crédito referente aos tributos lançados por homologação e marca o início do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de suposto indébito tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

Insatisfeita com a decisão de primeira instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do Recurso Voluntário.

O Voto condutor da decisão recorrida é taxativo quanto à decadência do direito à repetição de parte do indébito consignado no pedido.

Dessa forma, por expressa disposição legal (cf. art. 3º da LC nº 118/2005), o pagamento antecipado extingue o crédito tributário e é esta a data do termo inicial de contagem do prazo de cinco anos para se fulminar o direito de pleitear a restituição. Verifica-se que o pedido foi formalizado em 08/06/2005 – v. fl.01 - e, portanto, decorridos mais de cinco anos dos pagamentos da COFINS efetuados anteriormente a 08/06/2005 (o que ocorre, segundo planilha de fls. 06/07, em relação aos pagamentos referentes às competências fev/99 a abr/00).

O artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, alteração introduzida pela Portaria 586/2010, dispõe que as matérias de Repercussão Geral deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte.

"Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrepostos os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrepor o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrepostamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes."(AC)

No dia 04 de agosto de 2011, foi julgado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 566.621, prolatando sentença sobre a aplicação do prazo de cinco anos definido pela Lei Complementar nº 118/05, nos seguintes termos.

RE 566621 / RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 04/08/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011
EMENT VOL-02605-02 PP-00273

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACACIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de

violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobreestados. Recurso extraordinário desprovido./

Curiosamente, o protocolo do pedido em exame data de 08/06/2005, um dia antes da data fixada do Recurso Extraordinário 566.621. Por conta disso, ainda que em apertada ocasião, não há que se falar em prescrição do direito pleiteado.

Melhor sorte não teve a Recorrente em relação aos períodos não atingidos pela decadência.

Uma vez que suas alegações tenham-se fundamentado na inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições promovida pela Lei 9.718/98, foram de plano rechaçadas pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, como bem mostra o excerto do Voto a seguir transcrito.

Em resumo, não compete à autoridade administrativa, já que esta deve cumprir o que determina a legislação em vigor, tendo em vista o exercício da atividade vinculada, julgar questões de discordância levantadas pela contribuinte, sobre norma legal validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido, pressupondo-se, portanto, que a mesma tenha sido analisada pelos Poderes Executivo e Legislativo quando de sua apreciação e edição.

A esse respeito, trilha-se o mesmo caminho da questão anterior, por força da decisão tomada no Recurso Extraordinário nº. 585.235 em Regime de Repercussão Geral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro

Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.

RE 585.235-QO, Min. Cesar Peluso

A esse respeito, de destaque a necessidade de preciso entendimento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98. Isso por que, a despeito dela, a alteração introduzida pelo caput do artigo 3º, com possível repercussão na definição da base imponível das Contribuições, e todos os demais critérios de apuração especificados nos parágrafos subsequentes do mesmo artigo não foram em nenhum momento considerados inconstitucionais nem revogados.

De fato, a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP estava até a Lei 9.718/98 definida na Lei Complementar 07/70 e a da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins na Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, como sendo essa o faturamento mensal, e o faturamento decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

A tentativa de redefini-la, embora tenha mantido o faturamento como sendo a base de cálculo da Contribuição, incluiu em seu conceito toda a receita bruta auferida pela pessoa jurídica, irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O problema adveio do fato de a Constituição Federal, antes da Emenda Constitucional nº 20, de 20 de dezembro de 1998, determinar em seu artigo 195, inciso I, que a seguridade social fosse financiada por contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

O texto antes e depois da EM 20/98.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II - dos trabalhadores;

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

O RE 585.235, acima transcrito, como está claro e parece mesmo ser assunto incontroverso, referiu-se exclusivamente à inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 9.718/98, assim o declarando. É de amplo conhecimento que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, esclarecendo que, a contrario senso, o caput do artigo 3º era constitucional, como a seguir se vê no entendimento expresso ao longo do Voto proferido pelo Ministro Cesar Peluso, encontrado pelo menos nos Recursos Extraordinários nº. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840.

Por todo o exposto, julgo inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, por ampliar o conceito de receita bruta para “toda e qualquer receita”, cujo sentido afronta a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, da Constituição da República, e, ainda, o art. 195, parágrafo 4º, se considerado para esse efeito de nova fonte de custeio da seguridade social.

Quanto ao caput do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme à Constituição, nos termos do julgamento proferido no RE nº 150755/PE, que tomou a locução receita bruta como sinônimo de faturamento, ou seja, no significado de “receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços”, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. (grifos meus)

Foi nesse contexto instaurada a controvérsia acerca dos efeitos da Lei na base de cálculo das Contribuições, mais especificamente sobre o conceito atribuído às expressões receita bruta e faturamento, assunto sobre o qual o Ministro Cesar Peluso também se manifestou.

Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão “receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço”, quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas. Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de “receita bruta igual a faturamento”. Ao longo de seu Voto, o Ministro Cesar Peluso analisa detidamente tais conceitos, esclarecendo as razões porque entende que a base de cálculo das Contribuições inclui outras receitas, além das que decorrem da venda de mercadorias e serviços.

6. (...) Faturamento nesse sentido, isto é, entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado. Noutras palavras, o fato gerador constitucional da COFINS são as operações econômicas que se exteriorizam no faturamento (sua base de cálculo), porque não poderia nunca corresponder ao ato de emitir faturas, coisa que, como alternativa semântica possível, seria de todo absurda, pois bastaria à empresa não emitir faturas para se furtar à tributação. – grifamos.

7. Ainda no universo semântico normativo, faturamento não pode soar o mesmo que receita, nem confundidas ou identificadas as operações (fatos) “por cujas

realizações se manifestam essas grandezas numéricas". A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976) prescreve que a escrituração da companhia "será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos" (art. 177), e, na disposição anterior, toma de empréstimo à ciência contábil os termos com que regula a elaboração das demonstrações financeiras, verbis:

A questão, é claro, foi analisada pelos demais Ministros integrantes da Suprema Corte. Os aportamentos a seguir, extraídos do Voto proferido nos autos do RE 346.084 pelo Ministro Ilmar Galvão, trazem esclarecimentos de grande relevo sobre o tema.

O recorrente considera que tais precedentes não seriam aplicáveis ao caso, haja vista que o STF teria estabelecido sinonímia entre faturamento e receita bruta quando tais expressões designavam receitas oriundas de vendas de bens e/ou serviços.

Tal leitura não é correta. A Corte, ao admitir tal equiparação, em verdade assentou a legitimidade constitucional da atuação do legislador ordinário para densificar uma norma constitucional aberta, não estabelecendo a vinculação pretendida pelo recorrente em relação às operações de venda.

Ao contrário do que pretende o recorrente, a Corte rejeitou qualquer tentativa de constitucionalizar eventuais pré-concepções doutrinárias não incorporadas expressamente no texto constitucional.

O STF jamais disse que havia um específico conceito constitucional de faturamento. Ao contrário, reconheceu que ao legislador caberia fixar tal conceito. E também não disse que eventuais conceitos vinculados a operações de venda seriam os únicos possíveis.

Não fosse assim, teríamos que admitir que a composição legislativa de 1991 possuía um poder extraordinário. Por meio da Lei Complementar nº 71, teriam aqueles legisladores fixado uma interpretação dotada da mesma hierarquia da norma constitucional, interpretação esta que estaria infensa a qualquer alteração, sob pena de inconstitucionalidade.

Na tarefa de concretizar normas constitucionais abertas, a vinculação de determinados conteúdos ao texto constitucional é legítima. Todavia, pretender eternizar um específico conteúdo em detrimento de todos os outros sentidos compatíveis com uma norma aberta constitui, isto sim, uma violação à força normativa da Constituição, haja vista as necessidades de atualização e adaptação da Carta Política à realidade. Tal perspectiva é sobretudo antidemocrática, uma vez que impõe às gerações futuras uma decisão majoritária adotada em uma circunstância específica, que pode não representar a melhor via de concretização do texto constitucional.

Com efeito, embora o assunto venha recebendo diferentes interpretações, acredito que, uma vez que reconhecida a constitucionalidade do caput do artigo 3º, inofismável distinguir que, segundo disposição literal de Lei, a base de cálculo, que até então esteve expressa como receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza passou a constar, simplesmente, como de receita bruta.

Em tais circunstâncias, parece-me inevitável a interpretação de que a modificação considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal diga respeito exclusivamente à inclusão, indistintamente, da totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, tal como ampliava o parágrafo primeiro, não à redefinição da qual restou afastado o

conceito, até então vigente, que delimitava a base de cálculo às receitas decorrentes das operações de venda de bens e serviços.

Não passa despercebido o fato de que a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 02/98 teve por escopo justamente permitir que a receita fosse alcançada pelas contribuições para o financiamento da seguridade social. Ao observador desatento pareceria inadmissível cogitar que a receita bruta já tivesse se tornado a base de cálculo antes da EM 20, quando justamente ela parece ter introduzido tal possibilidade no mundo jurídico. Contudo, o que precisa ficar claro é que a base imponível das Contribuições ao tempo das Leis Complementares nº. 70/91 e 07/70 já estava definida como receita bruta, embora restrita àquela decorrente das vendas de mercadorias e serviços.

A modificação rejeitada pela decisão tomada no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi a que ampliou a base de cálculo das Contribuições para além do faturamento, limitação fixada no texto constitucional, incluindo deliberadamente toda e qualquer receita auferida pela pessoa jurídica. Não me parece que a intenção tenha sido de restringir a base de cálculo à receita proveniente do faturamento oriundo de determinadas atividades empresariais, como desejam os que defendem sua circunscrição à receita da venda de bens e de serviços.

Também não se desconhece o fato de que diversos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, depois da decisão pela inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, parecem ratificar o conceito de faturamento conhecido antes da Lei 9.718/98. Contudo, o que fica claro dos excertos antes transcritos, que apresentam reflexões melhor elaboradas daquela Corte sobre o tema, que a razão para tais manifestações jamais poderia ter sido “*a constitucionalização de pré-concepções doutrinárias não incorporadas expressamente no texto constitucional*”, nem o reconhecimento de “*um específico conceito constitucional de faturamento*”. De fato, creio que tais manifestações tenham sido motivadas muito mais pela leitura abreviada da questão, em processos nos quais essa matéria ocupava um papel coadjuvante na decisão do mérito do litígio.

Mas não é somente na interpretação acima defendida que esse entendimento encontra respaldo.

Como dito de início, a declaração de inconstitucionalidade alcançou exclusivamente o parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 9.718/98, do que resulta que não somente o caput do artigo, mas os demais parágrafos e toda a regulamentação superveniente deixaram de ser atingida e permanece em pleno vigor.

Considerado isso tudo, emerge a necessidade de que o procedimento fiscal leve em conta a origem da receita da pessoa jurídica na apuração da base de cálculo da Contribuição, de tal sorte a identificá-la como decorrente de suas atividades típicas ou não.

Em tais circunstâncias, acolhendo o entendimento reproduzido nas decisões cujas ementas foram transcritas, VOTO POR DAR PARCIAL para afastar (i) a preliminar de prescrição do direito à repetição do indébito e (ii) a aplicação do disposto no parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 9.718/98.

O processo deve retornar à Unidade Preparadora para apreciar os demais aspectos inerentes ao mérito do pedido, resguardado o direito a contestação do contribuinte e julgamento pelas instâncias *a quo* e por este Conselho da decisão proferida na Unidade.

Sala de Sessões, 21 de maio de 2013.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator

CÓPIA