

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

Processo nº 11070.000239/2005-95
Recurso nº 153.621 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.208 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2010
Matéria Omissão de Receitas
Recorrente METALÚRGICA FRATELLI LTDA.
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

VENDA DE CRÉDITO DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ, CSLL, PIS E COFINS, SALVO NA EXISTÊNCIA DE ÁGIO.

As contribuições para o PIS e a COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, são tributos incidentes sobre o faturamento que, no entender do Supremo Tribunal Federal, considera-se receitas decorrentes das vendas de mercadorias e serviços. Contudo, a alienação dos créditos de ICMS não se enquadram dentre estas receitas – uma vez que não é difícil constatar que tais créditos não devem ser considerados como mercadorias ou serviços. Logo, ainda somente em decorrência deste fato, o recebimento deste valor não constitui fato gerador do PIS e da COFINS. A troca de um ativo (créditos de ICMS) por outro (insumos) de igual valor, a toda evidência, não representa vantagem patrimonial. A vantagem adviria do ágio cobrado na transação, mas deste não se tem notícia nos autos.

PIS E COFINS PURADOS PELO REGIME CUMULATIVO. RECEITA NÃO OPERACIONAL. NÃO INCIDÊNCIA.

À época da edição da Lei nº 9.718 (em 27 de novembro de 1998), a Constituição Federal, quando tratava do financiamento da seguridade social, somente previa a incidência das contribuições sobre o faturamento, de forma que não era possível a tributação incidir sobre a receita bruta conforme definição do aludido § 1º do art. 3º, por falta de permissivo constitucional. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 357950, 390840, 358273 e 346084 o Plenário decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Posteriormente, a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, revogou o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Não cabe a exigência de PIS e COFINS sobre receitas não operacionais para o contribuinte que se encontre no regime cumulativo, tendo em vista que a legislação aplicável é a Lei nº 9.718/98, cuja ampliação da base de cálculo – pelo § 1º do art. 3º – fora declarada inconstitucional pelo STF, e, ainda, fora recentemente revogada.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª **Câmara / 1ª Turma Ordinária** da **PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso

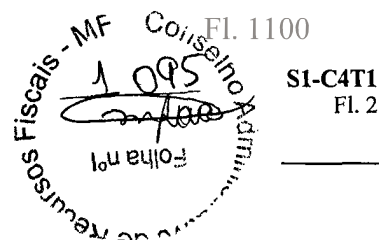
Viviane Vidal Wagner - Presidente



Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator

Editado em: **30 MAR 2011**

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Viviane Vidal Wagner (Presidente), Mauricio Pereira Faro, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes De Mattos, Karem Jureidini Dias.



Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado contra a Recorrente para a exigência de créditos tributários referentes à IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes aos anos-calendários de 2000 a 2004, acrescidos de multa de ofício de 75%, tendo em vista a exclusão da contribuinte da sistemática do Simples.

De acordo com o Relatório de Verificação Fiscal das folhas 362 a 370, a comparação dos valores escriturados em seus livros contábeis e fiscais, especialmente no Livro Razão (fls. 59 a 346), com os valores declarados (fls. 09 a 58) permitiu constatar que, durante todos os meses do período fiscalizado (Jan/00 a Out/04), o contribuinte deixou de declarar aproximadamente 75% das receitas contabilizadas, conforme demonstrativo constante nas folhas 362 a 366.

Como consequência dessas infrações, a ora Recorrente foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, a contar de 01/01/2000, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SAO nº 24, de 21/12/2004 (fl. 08).

Intimado a indicar a sistemática pela qual pretendia tributar seus lucros, o contribuinte apontou o Lucro Presumido (fls. 596 a 603). Neste sentido, a Fiscalização adicionou à base de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores correspondentes às transferências de créditos de ICMS, realizadas pelo contribuinte para amortização de obrigações para com seus fornecedores, em observância a Solução de Consulta Interna nº 48, de 30 de dezembro de 2004 (fls. 354 a 359).

Inconformada com a autuação, a ora Recorrente apresentou impugnação (fls. 434 a 452) repudiando o Auto de Infração por entender que i) que tem a faculdade de utilização do regime de caixa para reconhecimento das receitas apuradas no tratamento do resultado dado pelo Lucro Presumido, e ii) que as bases de cálculo apuradas pela Fiscalização se afastam à melhor exegese da legislação pertinente ao caso tratado.

Em conclusão, requer o provimento de sua Impugnação, reconhecendo-se:

- a) A exclusão do presente Auto de Infração, dos períodos relativos aos anos-calendário de 2000 e 2001, os quais devem ser objeto de novos lançamentos, se for o caso, apenas após a decisão definitiva na esfera administrativa;
- b) A necessidade de ser reconstituída a base de cálculo do IRPJ, da CSLL e das contribuições para o PIS e COFINS, considerando o regime de caixa;
- c) O seu direito à não-inclusão na receita tributável dos valores de ICMS transferidos a fornecedores.

Fora realizada diligência que culminou a nova autuação considerando o regime de caixa para a apuração dos tributos devidos.

Regularmente intimada dessa nova autuação, o contribuinte defendeu-se, impugnando a nova apuração, requerendo:

a) A exclusão do presente Auto de Infração, dos períodos relativos aos anos-calendário de 2000 e 2001, os quais devem ser objeto de novos lançamentos, se for o caso, apenas após a decisão definitiva na esfera administrativa;

b) A decretação da ilegalidade do lançamento do PIS e da COFINS, porque alicerçado em norma inconstitucional e por incluir parcelas que não integram o conceito de faturamento;

c) A exclusão da base de cálculo do imposto e das contribuições dos valores das receitas financeiras computados em duplicidade;

d) A não inclusão dos valores dos créditos de ICMS transferidos a terceiros na base de cálculo do imposto e das contribuições de receita de caixa.

O processo foi, então, baixado novamente em diligência para verificar a procedência da alegação de cômputo dúplice, na base de cálculo dos tributos apurados, do valor das receitas financeiras, o que restou comprovado.

Intimada a manifestar-se sobre os novos cálculos, a contribuinte o faz por meio do arrazoado das folhas 957 a 967, manifestando sua concordância com as exclusões propostas pela DRF.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria – RS considerou procedente o lançamento, conforme acórdão DRJ/STM nº 10-14.583, cujas ementas seguem transcritas abaixo:

Ementa: LUCRO PRESUMIDO. CESSÃO DE CRÉDITO DE ICMS A TERCEIROS. DEMAIS RECEITAS

Para efeito de tributação do IRPJ, consideram-se como “demais receitas”, os valores auferidos com a cessão de créditos de ICMS a terceiros.

LANÇAMENTO DECORRENTE. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, ao lançamento decorrente quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar decisão diversa.

Lançamento Procedente em Parte.

Inconformada, a Recorrente apresentou o presente recurso voluntário, alegando, em suma, os mesmos argumentos deduzidos na sede impugnatória.

Todavia, em 04/09/2006, a ora Recorrente apresentou desistência parcial do recurso voluntário, para efeitos do parcelamento da Medida Provisória nº 303/06, alegando que (fls. 1038 e 1039):

A Requerente reitera sua intenção de somente desistir do recurso voluntário quanto ao IRPJ e CSLL incidentes sobre as parcelas

da base de cálculo do lucro presumido (regime de caixa) que se identificam com (i) sua Receita Bruta; e, (ii) as Receitas Financeiras; e no que tange à contribuição ao PIS/PASEP e COFINS, desiste do recurso voluntário quanto à base tributável que corresponde à sua Receita Bruta, tudo consoante apurado no Acórdão DRJ/STM n. 5.531, de 28.04.06. De outra forma, conserva o litígio, pois, quanto ao IRPJ e CSLL, relativamente à parcela adicionada à base de cálculo do lucro presumido, denominada como "Receitas decorrentes das Transferências de Créditos do ICMS", bem como mantém o contencioso administrativo tributário quanto à contribuição ao PIS/PASEP e COFINS, relativamente (i) à inclusão no lançamento de ofício dos valores das Transferências de Créditos do ICMS como se receita fossem; (ii) à inconstitucional ampliação da base de cálculo no lançamento tributário das receitas financeiras, e das supostas receitas com transferência de créditos do ICMS. (Sem destaques no original)

Sendo assim, a análise do presente processo será restrita à:

a) Incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre os valores das transferências de créditos de ICMS;

b) incidência de PIS e da COFINS sobre receitas financeiras.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

O recurso é tempestivo e, atendidos os requisitos exigidos pela legislação de regência, dele conheço.

Da incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre os valores das transferências de créditos de ICMS

Analisa-se, portanto, as exclusões, consideradas como indevidas pela Fiscalização, relativamente aos valores correspondentes a transferências de créditos do ICMS realizadas pela ora Recorrente para amortização de obrigações com seus fornecedores.

Entendo estar com razão a Recorrente.

O IRPJ e a CSLL apurados pelo lucro presumido – regime de caixa tem por base de incidência o faturamento da empresa. Já as contribuições para o PIS e a COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, são tributos incidentes sobre o faturamento que, no entender do

Supremo Tribunal Federal, considera-se receitas decorrentes das vendas de mercadorias e serviços.

Contudo, a alienação dos créditos de ICMS não se enquadram dentre estas receitas – uma vez que não é difícil constatar que tais créditos não devem ser considerados como mercadorias ou serviços. Logo, ainda somente em decorrência deste fato, o recebimento deste valor não constitui fato gerador dos tributos em análise.

Ainda que não fosse pelo argumento acima, não procede a inclusão de tais valores na base de cálculo das contribuições pelas explicações constantes no voto do Conselheiro Antônio Zomer, proferido nos autos do Recurso Voluntário nº 136.632 proferido em 11 de dezembro de 2007, cujos membros da 2ª Câmara deram provimento ao recurso por unanimidade:

A matéria em julgamento não me parece de difícil compreensão. A recorrente pagou seus fornecedores com créditos de ICMS. Pelo que consta dos autos, não houve ágio ou deságio na transação.

A fiscalização entendeu que a ação de entregar créditos de ICMS em troca de mercadorias (insumos) configura espécie de alienação, pois a empresa estaria auferindo vantagem patrimonial.

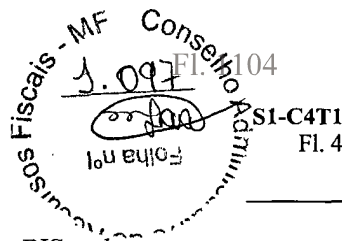
Não vejo fundamento neste entendimento. A troca de um ativo (créditos de ICMS) por outro (insumos) de igual valor, a toda evidência, não representa vantagem patrimonial. A vantagem adviria do ágio cobrado na transação, mas deste não se tem notícia nos autos.

A operação realizada pela empresa é de compra de insumos e não de venda de ativo. Nas operações de compra, a empresa realiza pagamento, que não se confunde com obtenção de receita. A entrega de créditos de ICMS em troca de insumos não é muito diferente daquela em que o contribuinte retira dinheiro do caixa ou do banco para pagar o seu fornecedor.

O que acontece quando o contribuinte paga o fornecedor com créditos de ICMS é a manutenção de recursos no Caixa ou Bancos. Ele deixa de gastar dinheiro, o que não se confunde com obter receita. A mesma coisa acontece quando o contribuinte quita o ICMS devido com créditos de ICMS e quando quita qualquer tributo federal com créditos de PIS e Cofins não-cumulativo, como é o caso destes autos. Em todas estas situações, a empresa deixa de gastar dinheiro, mas em nenhuma delas há a ocorrência do fato gerador do PIS ou da Cofins.

Se o dinheiro economizado na compensação for utilização para pagar os fornecedores, ainda assim, não haverá a alegada obtenção de receita, pois em operação de compra não há geração de receita, que decorre de operações de venda.

Se operação de pagar fornecedores com créditos de ICMS não há alteração nas contas Caixa, Bancos ou Duplicatas a Receber. O que ocorre é a simples transformação de Impostos a Recuperar em Estoques. Os recursos virão quando estes estoques forem vendidos pela empresa, sobre a forma de produtos por ela fabricados ou de mercadorias adquiridas para



revenda. Só neste momento nascerá o fato gerador do PIS e da Cofins.

Vê-se que a impossibilidade de se tributar a cessão de créditos de ICMS não decorre da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº-9.718/98 mas da inocorrência do fato gerador das contribuições na operação.

Por outro lado, se o que ocorre é uma simples mutação patrimonial, pouco importa se o regime de apuração das contribuições é o de cumulatividade ou de não- cumulatividade.

Esta Câmara, ao apreciar a matéria na sessão de outubro do corrente ano, quando do julgamento do Recurso nº-138.251, decidiu, por unanimidade, que a transferência de créditos de ICMS não gera receita tributada pelas referidas contribuições.

A Primeira Câmara deste Segundo Conselho de Contribuintes também entendeu que a cessão de créditos de ICMS não gera receita tributável pelas contribuições em foco, como se pode ver na seguinte ementa:

“PIS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS. Não há incidência de PIS e de Cofins sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial. [...]” (Acórdão nº-201-79962, de 24/01/2007).

No voto condutor deste Acórdão, o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto assim abordou a questão:

“Afirmar que a cessão de créditos seria receita seria o mesmo que tentar tributar os créditos de ICMS como se receitas fossem, o que seria absolutamente incoerente do ponto de vista contábil e, conseqüentemente, jurídico.”

Mais adiante, no mesmo voto, o referido Conselheiro arremata:

“Ora, apenas se houvesse algum incremento nesta operação (ágio) é que se poderia cogitar em receita, ou existência de ganhos para a contribuinte, e se discutir a eventual incidência de PIS sobre este hipotético ganho. No entanto, não é esta a hipótese dos autos, razão pela qual entendo não subsistir hipótese de incidência para a tributação dos referidos valores pelo PIS e Cofins.”

A terceira Câmara, a seu turno, concluiu que a inclusão da cessão de créditos de ICMS na base de cálculo das contribuições só pode ser procedida por auto de infração, como demonstra a ementa do Acórdão nº-203-11.959, de 28/03/2007, redigida nos seguintes termos:

“PEDIDO DE RESSARCIMENTO. PIS NÃO CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO DOS DÉBITOS. DIFERENÇA A EXIGIR. NECESSIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. A sistemática de ressarcimento da COFINS e do PIS não-cumulativos não

permite que, em pedidos de ressarcimento, valores como o de transferências de créditos de ICMS, computados pela fiscalização no faturamento, base de cálculo dos débitos, sejam subtraídas do montante a ressarcir. Em tal hipótese, para a exigência das Contribuições carece seja efetuado lançamento de ofício. [...]"

Embora a posição adotada pela terceira câmara não está errada, entendo que deve ser aplicado ao caso o disposto no § 3º do art. 59 do Decreto nº-70.235/72, verbis:

"§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)"

Portanto, se o entendimento desta Câmara é pela impropriedade da tributação da cessão de créditos do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, deve decidir a lide e não determinar que a tributação seja efetuada por meio de lançamento de ofício.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso

Ante o bem lançado voto e as jurisprudências acima colacionadas, entendo pela impossibilidade de manutenção do auto de infração no tocante a esta exclusão da base de cálculo.

Da Não Incidência da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS no lançamento tributário das receitas financeiras

Aduz a Recorrente, em linha subsidiária, a exclusão dos valores da cessão de ICMS e das receitas financeiras da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, sob o fundamento de que essas contribuições não incidiriam nas receitas não operacionais, para as empresas que estão no regime cumulativo.

A DRJ, na contramão da contribuinte, após fundamentar por meio da Lei nº 9.718/98 (arts. 2º e 3º), Lei nº 10.833/03 (art. 1º) e Lei nº 10.637/02 (art 1º), entendeu que (fl. 995):

Da leitura dos excertos legais reproduzidos, constata-se que a opção do legislador foi a generalização do alcance da incidência das contribuições em tela. Já, ao tratar das hipóteses de exclusão da base de cálculo, a norma foi bastante seletiva, restringindo-as a um pequeno rol numerus clausus.

Todavia, salienta-se que as Leis nº 10.833/03 e 10.637/02 instituem a cobrança não-cumulativa da COFINS e do PIS, respectivamente:

Lei nº 10.833 de 29 de dezembro de 2003

CAPÍTULO I

DA COBRANÇA NÃO-CUMULATIVA DA COFINS

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.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

(...)

Lei nº 10.637/02

CAPÍTULO I

DA COBRANÇA NÃO-CUMULATIVA DO PIS E DO PASEP

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep 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 para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

(...)

Estando a empresa no regime cumulativo, as leis citadas acima não se aplicam a ela, o que se depreende da própria legislação:

Lei nº 10.833/03

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

I - as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

III - as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES;

IV - as pessoas jurídicas imunes a impostos;

Lei nº 10.637/02

Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

I – as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 (parágrafos introduzidos pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001), e Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;

II – as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

III – as pessoas jurídicas optantes pelo Simples;

IV – as pessoas jurídicas imunes a impostos;

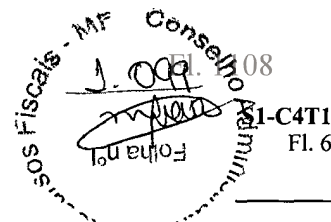
Sendo assim, as Leis nº 10.833/03 e 10.637/02 não são aplicáveis às empresas submetidas ao regime cumulativo, bastando, então, a análise da Lei nº 9.718/98.

Após a instituição das contribuições para o PIS e da COFINS, elas foram sofrendo sucessivas modificações. Dentre as alterações, a base de cálculo foi aumentada por meio da Lei nº 9.718 de 1998. Anteriormente, a base de cálculo compreendia o faturamento da pessoa jurídica, e, após a referida Lei, passou a ser a receita bruta, muito mais abrangente, entendida como 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 (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98). Ou seja, a lei estendeu o conteúdo semântico da palavra faturamento, "equiparando-a" a receita bruta.

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.

Ocorre que à época da edição da Lei nº 9.718 (em 27 de novembro de 1998), a Constituição Federal, quando tratava do financiamento da seguridade social, somente previa a incidência das contribuições sobre o faturamento, de forma que não era possível a tributação incidir sobre a receita bruta conforme definição do aludido § 1º do art. 3º, por falta de permissivo constitucional.



Posteriormente, a "equiparação" entre faturamento e receita bruta das pessoas jurídicas seria introduzida no Texto Supremo pela Emenda nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com o intuito de validar constitucionalmente a lei ordinária, em momento posterior à sua edição.

Após alguns anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a inconstitucionalidade deste dispositivo e, no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 357950, 390840, 358273 e 346084 o Plenário decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Os efeitos desses julgamentos já podem ser verificados neste Conselho:

PIS – COFINS – RECEITAS FINANCEIRAS – Ao julgar o RE 346.084-6/PR, o STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 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, § 4º, se considerado para efeito de nova fonte de custeio da seguridade social. MULTA QUALIFICADA - Se as provas carreadas aos autos pelo Fisco, evidenciam a intenção dolosa de evitar a ocorrência do fato gerador, pela prática reiterada de desviar receitas da tributação, cabe a aplicação da multa qualificada. (Acórdão 101-95758)

IRPJ - Exercício: 2004 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADES - INCOMPETÊNCIA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES- PIS/COFINS - RECEITAS FINANCEIRAS - EXCLUSÃO - MULTA QUALIFICADA- EXCLUSÃO. Falta competência, pois a matéria é de exclusiva atribuição constitucional, a apreciação de argüição de inconstitucionalidades, ao Primeiro Conselho de Contribuintes, como órgão administrativo na estrutura do Ministério da Fazenda do Poder Executivo. Em face a decisão plenária do STF que delimitou o conceito de faturamento e julgou inconstitucional o parágrafo 3º do art. 1º da Lei nº 9.718/95, é de se acolher a pretensão da contribuinte para excluir do lançamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, as receitas financeiras consideradas omitidas. Não demonstrando a autoridade lançadora, robustamente, o nexo causal entre a omissão de receitas verificada e a conduta exigida específica para caracterização do evidente intuito de fraude, não se pode acatar tal qualificação escorando-se, tão-somente, na motivação de falta de declaração, ainda que em valor expressivo. Recurso Voluntário Provido em Parte. (Acórdão 108-09761)

Cabe ressaltar, inclusive, que a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, revogou o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, constatando que a opção do legislador, ao contrário do disposto pela DRJ, foi a não incidência das contribuições em discussão nas receitas não operacionais.

Pelo exposto, não cabe a exigência de PIS e COFINS sobre receitas não operacionais para o contribuinte que se encontre no regime cumulativo, tendo em vista que a legislação aplicável é a Lei nº 9.718/98, cuja ampliação da base de cálculo – pelo § 1º do art. 3º - fora declarada inconstitucional pelo STF, e, ainda, fora recentemente revogada.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso para reconhecer a impossibilidade de incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS dos valores de transferência de crédito de ICMS pelo fato de a transação não constituir receita e para reconhecer a não incidência de PIS e COFINS sobre receitas não operacionais para a contribuinte que recolhes ditas contribuições pelo regime cumulativo.



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA