



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

Processo n° 11070.001663/2005-57
Recurso n° 233.615 Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-00.283 – 3ª Turma
Sessão de 23 de outubro de 2009
Matéria COFINS - Base de Cálculo
Recorrente INDÚSTRIA DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS FUCHS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/10/2004

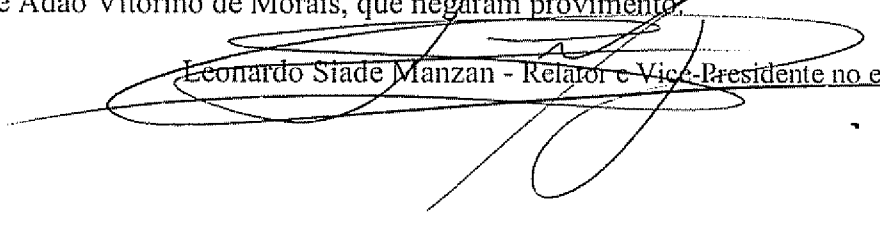
COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE A TOTALIDADE DAS RECEITAS. ENTENDIMENTO INEQUÍVOCO DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A base de cálculo da Cofins corresponde à totalidade do faturamento, nos termos fixados pelas Leis Complementares n°s 7/70 e 70/91, devendo ser excluídas todas as outras receitas que não correspondam ao faturamento da empresa. A aplicação do entendimento inequívoco do e. Supremo Tribunal Federal manifestado nos RE's n°s 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084 é medida de rigor, nos termos do que dispõe o art. 1º do Decreto 2.346/97.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Gilson Macedo Rosenburg Filho e José Adão Vitorino de Moraes, que negaram provimento.


Leonardo Stade Manzan - Relator e Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDITADO EM: 30/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Susy Gomes Hoffmann, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Marcos Tranchesi Ortiz, José Adão Vitorino de Moraes, Maria Teresa Martínez López, Luis Marcelo Guerra de Castro e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

A contribuinte em epígrafe, com espeque no art. 32, II, do Anexo II da Portaria MF nº 55/98 (antigo RICSRF), interpôs o presente Recurso Especial de Divergência a esta Egrégia Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF contra decisão da antiga Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que negou provimento a seu Recurso Voluntário pelo voto de qualidade em decisão assim ementada:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO INOCORRÊNCIA. Não há que se cogitar de nulidade do lançamento cuja narrativa dos fatos e enquadramento legal estejam adequadamente consignados, possibilitando o exercício do direito de defesa e ainda, quando ausentes os pressupostos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, quais sejam, os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ESPONTANEIDADE. O procedimento fiscal se inicia a partir do primeiro ato de ofício escrito praticado por servidor competente, fato que exclui a espontaneidade.

VARIAÇÃO CAMBIAL. As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira têm natureza de receita financeira, compõem a base de cálculo da Cofins e, se tributadas pelo regime de competência, devem ser reconhecidas a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

BASE DE CÁLCULO. As receitas financeiras e o crédito presumido de IPI não estão relacionados dentre as exclusões previstas na lei, portanto, integram a base de cálculo da contribuição.

BASE DE CÁLCULO CRÉDITOS. INSUMOS. No cálculo da Cofins o sujeito passivo somente poderá descontar créditos calculados sobre valores correspondentes a insumos, assim entendidos os bens ou serviços aplicados ou consumidos diretamente na produção ou fabricação de bens e na prestação de serviços, não se considerando como tal despesas realizadas com fretes, despachos, carretos, bônus de terceiros, aluguéis, comissões, depreciações ou gastos com vendas e despesas administrativas.



TAXA SELIC. A taxa Selic, prevista na Lei nº 9 065/95, art. 13, por conformada com os termos do artigo 161 do CTN, é adequadamente aplicável

Recurso negado

Segundo as razões apresentadas pela contribuinte em seu recurso, o lançamento seria desnecessário tendo em vista os débitos exigidos terem sido confessados em DCTF e, ainda, alega ser indevida a exigência da Cofins relativa a rubricas que não se enquadram no conceito de faturamento.

O apelo especial foi parcialmente recebido pelo Despacho nº 201-120/07, da então Presidente daquela Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, tendo seguimento somente quanto à questão do alargamento da base de cálculo da Cofins, vez que quanto às outras matérias levantadas no recurso a contribuinte não logrou êxito em demonstrar a divergência, não preenchendo tal requisito de admissibilidade.

Devidamente intimada, a Procuradoria da Fazenda Nacional não apresentou contrarrazões.

Subiram, por conseguinte, os autos a esta Casa para julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Siade Manzan, Relator

O recurso é tempestivo e, nos termos do art. 67 do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria/MF nº 256, de 22 de junho de 2009, preenche os demais requisitos de admissibilidade em relação à base de cálculo da Cofins, pelo que dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Conforme relatado, o presente recurso trata de divergência quanto à base de cálculo da Cofins, fundamentado na inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

A contribuinte alega ser insubsistente o lançamento da Cofins apurada entre o período de janeiro de 2002 a janeiro de 2004, relativo à insuficiência de recolhimento em razão da não inclusão em sua base de cálculo de receitas financeiras e de crédito presumido de IPI, argumentando a impossibilidade do alargamento da base de cálculo da referida contribuição pela Lei nº 9.718/98.

Entendo que razão assiste à Recorrente.

A base de cálculo da Cofins à época era o faturamento mensal, que correspondia à venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, não incluindo, por conseguinte, nenhuma outra operação ou atividade não enquadradas neste conceito, sendo inconstitucional o alargamento da base de cálculo levado a efeito pela Lei nº 9.718/98, conforme julgado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

A respeito desse tema, mister citar o voto condutor do RV 229.637:

Em 29 de outubro de 1998 (DOU de 30/10/98) foi adotada a Medida Provisória nº 1.724, convertida, em 27 de novembro de 1998 (DOU de 28/11/98), na Lei nº 9.718, cujos artigos 2º e 3º pretendiam alterar a bases de cálculo da contribuição ao PIS para a totalidade das receitas.

A ampliação da base de cálculo pretendida pela Lei nº 9.718 citada foi rejeitada pelo e. Supremo Tribunal Federal que, recentemente, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 357950, 390840, 358273 e 346084, em 9 de novembro de 2005, declarou a inconstitucionalidade § 1º do artigo 3º, em razão de ofensa ao disposto no artigo 195, inciso I da Constituição Federal vigente, que determinava, à época da edição da medida provisória e da lei em comento, fossem as contribuições sociais calculadas com base no faturamento, folha de salários ou lucro. Como se pode observar, a base de cálculo do PIS, conforme disposto na Constituição vigente à época da edição da lei não permitia a incidência sobre a totalidade das receitas

Somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, aprovada em sessão do Congresso Nacional, de 1º de dezembro de 1998 e publicada no DOU de 16/12/98, é que foi modificado o artigo 195, inciso I da CF/88, ampliando a competência para instituição de contribuições sociais sobre a totalidade das receitas

A exigência das referidas contribuições com base no valor da totalidade das receitas, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999 (90 dias contados da edição da Medida Provisória nº 1.724, com pretendida observância do princípio da anterioridade mitigada, inscrito no § 6º do artigo 195 da CF/88), ofendeu, portanto, o ordenamento jurídico do país, principalmente porque a vigência e a eficácia das leis estão subordinadas a uma condição prévia de existência e validade em nível jurídico.

Receita e Faturamento têm conceitos jurídicos distintos, conforme já havia decidido o e. Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 150.755-1, nos termos do voto do Relator Min. Sepúlveda Pertence, a seguir parcialmente transcrito.

“Resta, nesse ponto, o argumento de maior peso, extraído do teor do art. 28 analisado: não se cuidaria nele de contribuição incidente sobre o faturamento – hipótese em que, por força do art. 195, I, se entendeu bastante a instituí-la a lei ordinária – mas, literalmente, de contribuição sobre a receita bruta, coisa diversa, que, por isso, só poderia legitimar-se com base no art. 195, § 4º, CF, o qual, para a criação de outras fontes de financiamento da seguridade social, determinou a observância do art. 154, I, e, portanto, da exigência de lei complementar no último contida.”(original não grifado)

No julgamento acima referido, o E. STF entendeu que não havia incompatibilidade no disposto pelo art. 28 da Lei nº 7.738/89 (Finsocial das empresas prestadoras de serviços) com o art. 195, I da CF/88 porque o conceito de receita no primeiro previsto,

caso se adotasse o entendimento de que o referido conceito seria aquele definido nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397/97, levaria à inevitável conclusão de que receita bruta seria apenas aquela estritamente decorrente do faturamento.

Acompanhando o voto do Relator, o Min. Moreira Alves assim se pronunciou sobre a específica questão:

(...) parece-me que, por via de interpretação, se possa tomar receita bruta, aqui, como a decorrente de faturamento.

(...)

“Adotando essa interpretação restritiva de receita bruta – e afastando a objeção decorrente do art. 110 do Código Tributário Nacional, pois essa exegese equipara, no caso, a receita bruta à resultante do faturamento, e assim se amolda à Constituição que se refere a este - acompanhamento, com a devida vênia, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence”.

No caso da Lei nº 9.718/98, ora sob censura, sequer havia possibilidade de se adotar uma tal interpretação restritiva, se considerado apenas o texto da lei, porque, de acordo com o disposto nos arts. 2º e 3º, andou mal o legislador no sentido de pretender equiparar ao faturamento a totalidade das receitas. exatamente o contrário do que a ele seria permitido, considerada a restrição do art. 195, I da CF/88.

Art. 2º - As contribuições para o PIS/PASEP e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

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.

Somente com a nova redação do inciso I do art. 195 da CF, dada com a promulgação da EC nº 20 (DOU de 16.12.98), é que passou a ser possível a instituição de contribuição social sobre a totalidade das receitas da pessoa jurídica, sem a necessidade de observância do art. 154, I (lei complementar, etc.), aplicável por remissão expressa do § 4º do art. 195 da CF (competência residual) para os casos de fontes de custeio não previstas no inciso I.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, proposta pelo Presidente da República, integrantes das Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados da época ficou consignado que

(...) O D.L. nº 2.397/87, que alterou o D.L. nº 1.940/82, em seu artigo 22, já havia conceituado a receita bruta do artigo 1º,

parágrafo 1º, do mencionado diploma legal como sendo a "receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços", conceito este que coincide com o de faturamento, que, para fins fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas. "(Revista Dialética de Direito Tributário, Ed Dialética, 1997, pg. 84)

Até a edição da malsinada Lei nº 9.718/98 (que estabeleceu a lógica faturamento = receita bruta = total das receitas), o conceito receita bruta para fins de PIS e de Cofins foi sempre correspondente ao de faturamento, opinião de consenso nos três poderes da república (a lógica anterior era: faturamento = receita bruta a ele correspondente)

Por outro aspecto, a partir da nova competência outorgada pela Constituição Federal, para a instituição de tributo (as contribuições de financiamento da seguridade social são espécies do gênero tributo) seria necessária a edição de nova lei, sem o que restaria no mundo jurídico, apenas, uma competência outorgada ainda pendente de exercício.

No caso específico, há que se considerar que a EC nº 20 foi aprovada em sessão do Congresso Nacional de 01.12.98, data posterior à de conversão da Medida Provisória nº 1.724 na Lei nº 9.718 (em 27.11.98)

Leo Krakowiak lembra que ... "o Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, já reconheceu que uma regra introduzida na Carta Magna por Emenda Constitucional não convalida vício anterior de inconstitucionalidade. Ao contrário, confirma a inconstitucionalidade do regime anterior ..." ("Grandes Questões Atuais do Direito Tributário" – "A Contribuição para o Finsocial, as Instituições Financeiras e as Empresas Prestadoras de Serviços, Ed. Dialética, 1997, pg. 152)

O vício originário de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718 impossibilitou, portanto, a sua convalidação

Cumprir observar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é do Supremo Tribunal Federal, cabendo aos órgãos administrativos aplicar o entendimento por ele firmado

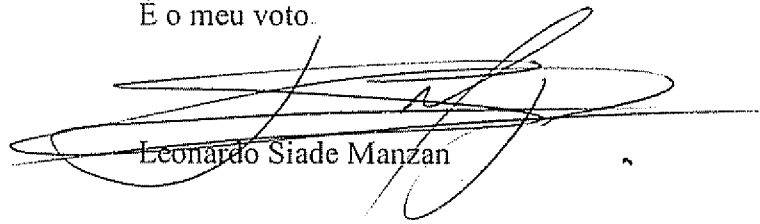
Neste sentido dispõe o Decreto nº 2.346/97, nestes termos:

"Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto

Assim, devem ser excluídas da base de cálculo da Cofins todas as demais receitas que não sejam provenientes do faturamento, conforme entendimento firmado pelo STF, que, no caso em tela, correspondem a receitas financeiras e crédito presumido de IPI, até a entrada em vigor da Lei nº 10.833/03.

CONSIDERANDO os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial da contribuinte.

É o meu voto.



Leonardo Siade Manzan