



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

Processo n° 11075.000184/2007-35
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-005.270 – 3ª Turma
Sessão de 21 de junho de 2017
Matéria COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PIRAHY ALIMENTOS LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/01/2004

BASE DE CÁLCULO. LEI N° 9.718, DE 1998. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS.

Em relação ao período que engloba o regime de apuração cumulativo do PIS/COFINS, as contribuições têm por base de cálculo o faturamento, cujo conceito já está consolidado pelo STF no sentido de compreender apenas as receitas decorrentes da venda de mercadorias e serviços. Desse modo, as subvenções não se consubstanciam em entradas financeiras decorrentes da venda de mercadorias ou serviços, logo, esses benefícios concedidos não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS na sistemática cumulativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal e Rodrigo da Costa Pôssas.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Demes Brito - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza, Demes Brito, Luiz Augusto do Couto Chagas, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional com fundamento no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, aprovado pela Portaria MF 256, de 22 de junho de 2009, contra ao acórdão nº **3302-01.000**, proferido pela 3º Câmara/2º Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que decidiu por maioria de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para excluir da base de cálculo da COFINS e o PIS cumulativos as receitas de crédito presumidos de ICMS referente ao período de aplicação da lei nº 9.718/98.

Transcrevo, inicialmente, excerto do relatório da decisão de primeiro grau:

"Trata-se de recurso voluntário (fls. 305 a 328) apresentado em 14 de maio de 2010 contra o Acórdão no 1811.605, de 20 de novembro de 2009, da 2ª Turma da DRJ/STM (fls. 286 a 302), cientificado em 20 de abril de 2010, que, relativamente a auto de infração de Cofins e PIS dos períodos de janeiro de 1996 a janeiro de 2004 (Cofins) e janeiro de 1996 a novembro de 2002 (PIS), considerou procedente em parte a impugnação

O auto de infração foi lavrado em 21 de fevereiro de 2007, de acordo com o termo de fls. 62 a 81.

Basicamente, a Fiscalização apurou a não inclusão de "crédito presumido de ICMS" e de descontos incondicionais ("bonificações concedidas", "bonificações financeiras" e "descontos concedidos") na base de cálculo das contribuições.

A decisão recorrida, restou assim ementada:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/01/2004

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS.

O mandado de procedimento fiscal MPF inclui, obrigatoriamente, a verificação da correta apuração da base de cálculo de todos os tributos Federais dos últimos cinco anos. Além disso, eventual falta de inclusão de tributo ou período não implica nulidade, por se tratar de instrumento de controle administrativo não essencial à validade do lançamento.

AÇÃO FISCAL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO. PRAZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

A concessão de prazos menores do que vinte dias, quando não há oposição aos pedidos de prorrogação apresentados pela interessada e não há demonstração de prejuízo para a apuração dos valores lançados, não implica nulidade do procedimento fiscal. O cerceamento de defesa somente pode ocorrer na fase litigiosa do procedimento de apuração e exigência de crédito tributário.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/01/2004

BASE DE CÁLCULO. LEI N.º 9.718, DE 1998. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS.

A ampliação do conceito de faturamento às demais receitas pela Lei n.º 9.718, de 1998, é inconstitucional, segundo decisão definitiva do

Plenário do Supremo Tribunal Federal.

BASE DE CÁLCULO. LEI N.º 9.718, DE 1998. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. A ampliação do conceito de faturamento às demais receitas pela Lei n.º 9.718, de 1998, é inconstitucional, segundo decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS INCONDICIONAIS.

Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/01/2004

BASE DE CÁLCULO. LEI N.º 9.718, DE 1998. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS.

A ampliação do conceito de faturamento às demais receitas pela Lei n.º 9.718, de 1998, é inconstitucional, segundo decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos.

Recurso Voluntário Provido em Parte"

Não conformada com tal decisão, a Fazenda Nacional interpõe o presente Recurso, sustentando que: *"Recentemente, o STF, através de controle difuso, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98. Em tais decisões, o Pretório Excelso entendeu que o citado dispositivo havia ampliado a base de cálculo do PIS e da COFINS, todavia não esclareceu qual "conceito" de faturamento remanesce após a decisão. Assim, levando em conta tais considerações e que no presente caso está - se diante de receita de subvenção de custeio, que, nos termos da legislação tributária e societária, é considerada receita operacional, a Fazenda Nacional entende que é perfeitamente aplicável o caput do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, sem cogitar do §1º."*

Para comprovar o dissenso jurisprudencial, foi apontado, como paradigmas, os Acórdãos nºs **201-79.596 e 204-01.911**. No despacho de admissibilidade, o Presidente da Câmara admitiu o Recurso. fls 363/366, considerando que houve a comprovação de divergência do acórdão recorrido, e para a matéria em discussão - receitas operacionais na base de cálculo do PIS e da COFINS, que não foram fulminados por decisões judiciais nos regimes previstos no artigo 67, §12, do RICARF. Embora exista decisão definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, e decisões do STJ no regime repetitivo (art. 543-C do CPC), no sentido de considerar inconstitucional a ampliação da base de cálculo prevista no §1º do artigo 3º da Lei 9.718, o conceito de faturamento ainda permanece como objeto de discussões.

Devidamente cientificada, a Contribuinte apresentou contrarrazões, fls.374/386.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demes Brito - Relator

O recurso foi apresentado com observância do prazo previsto, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele tomo conhecimento e passo a decidir.

A matéria divergente posta a esta E.Câmara Superior, diz respeito a incidência ou não das contribuições cumulativas do período de aplicação da lei nº 9.718/98, sobre o crédito presumido de ICMS.

Com efeito, compulsando os autos, entendo como improcedente o lançamento, considerando os períodos de fevereiro de 2002 a janeiro de 2004, para a Cofins, e de fevereiro a novembro de 2002, para o PIS, as exigências foram efetuadas com base na Lei nº 9.718, de 1998, relativamente ao crédito presumido de ICMS, que não representam faturamento. Portanto, não se trata de receita e não devem ser tributados.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal -STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 358.273, definiu nos seguintes termos:

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PIS RECEITA BRUTA NOÇÃO INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas,

jungindo as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

Neste passo, corroboro do mesmo entendimento da turma *a quo*, o qual utilizo como complemento de minhas razões de decidir. Vejamos:

"Em 15 de agosto de 2006, publicou-se decisão do Pleno do STF no âmbito dos recursos extraordinários 357.950 e 358.273, transitada em julgado em 5 de setembro, que considerou inconstitucionais as alterações das bases de cálculo do PIS e da Cofins promovidas pela Lei n.º 9.718, de 1998, art. 3.º, § 1.º.

O Acórdão e a ementa tiveram as seguintes redações:

Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (VicePresidente). Plenário, 18.05.2005. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1.º do artigo 1.º da Resolução n.º 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1.º do artigo 3.º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8.º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005.

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE ARTIGO 3.º, § 1.º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO INSTITUTOS EXPRESSÕES E VOCÁBULOS SENTIDO.

A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

*CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PIS RECEITA BRUTA NOÇÃO
INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI*

Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Portanto, o lançamento é improcedente nos períodos de fevereiro de 2002 a janeiro de 2004, para a Cofins, e de fevereiro a novembro de 2002, para o PIS, as exigências foram efetuadas com base na Lei no 9.718, de 1998, relativamente ao crédito presumido de ICMS, que não representa faturamento"

Diante de tudo que foi exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente).

Demes Brito