



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

Processo nº 11080.006013/2008-21
Recurso nº 522.927 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.719 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de outubro de 2010
Matéria Cofins
Recorrente ALIBEM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2003 a 31/01/2004

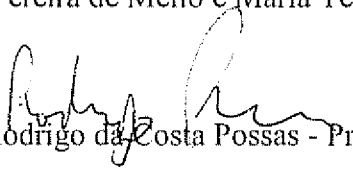
INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

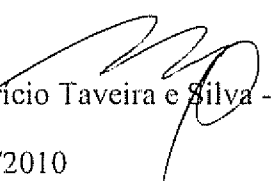
Decisão plenária definitiva do STF que tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 deve ser estendida aos julgamentos efetuados por este Conselho, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas de crédito presumido de ICMS, vez que não decorrem de faturamento.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Os Conselheiros Antonio Lisboa Cardoso, Rodrigo Pereira de Mello e Maria Teresa Martinez López votaram pelas conclusões.


Rodrigo da Costa Possas - Presidente


Maurício Taveira e Silva - Relator

EDITADO EM: 06/12/2010

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo da Costa Possas (Presidente), Maurício Taveira e Silva (Relator), Maria Teresa Martinez López, José Adão Vitorino de Moraes e Antônio Lisboa Cardoso.

Relatório

ALIBEM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 71/77 contra o Acórdão nº 10-23.748, de 08/01/2010, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS, fls. 67/68, referente ao auto de infração de Cofins (cumulativa) de fls. 02/04, por falta/insuficiência de recolhimento da contribuição, em virtude da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo da Cofins, referente a períodos de apuração compreendidos entre maio de 2003 a janeiro de 2004, cuja ciência ocorreu em 26/05/2008 (fl. 02), conforme relatado pela instância *a quo*, nos seguintes termos:

Trata o presente processo de lançamento de Cofins (cumulativa) correspondente aos períodos 05/2003 até 01/2004 (fls. 02 a 08) O auto de infração decorre da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo da contribuição. O valor total lançado de principal de Cofins foi R\$ 63.799,52, com o acréscimo de multa de 75% e juros moratórios, e a empresa foi cientificada em 26/05/2008.

A empresa impugna o lançamento em 25/06/2008 (fls. 43 a 58) contestando a inclusão do crédito presumido na base de cálculo da Cofins (consta, por equívoco, referência à Cofins não cumulativa) Alega que somente constitui receita, e portanto base de cálculo das contribuições para o PIS/Cofins, o ingresso de novos valores ao patrimônio da empresa. Como os créditos de ICMS não configuram esta situação, e sendo a empresa beneficiária de crédito presumido de ICMS sobre a comercialização de produtos alimentícios em operações interestaduais, considera incorreto o procedimento da sua inclusão como receita para o cálculo das contribuições. Argumenta que a RFB amplia o conceito legal e transcreve decisão do Conselho de Contribuintes favorável a sua tese

A DRJ julgou improcedente a impugnação mantendo o lançamento cujo acórdão restou assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração 01/05/2003 a 31/01/2004

CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS.

O crédito presumido do ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Não existe previsão legal para a exclusão do crédito presumido de ICMS da base de cálculo do tributo

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a contribuinte protocolizou, tempestivamente, em 26/02/2010, recurso voluntário de fls. 71/77, no qual repisa seus argumentos de defesa.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Maurício Taveira e Silva, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

Conforme mencionado anteriormente, o lançamento decorre da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo da Cofins (cumulativa) referente a períodos de apuração compreendidos entre maio de 2003 a janeiro de 2004.

Quanto aos créditos presumidos de ICMS, trata-se de benefício concedido pelo estado sobre operações de comercialização interestadual de produtos alimentícios. Não significa devolução de um pagamento indevido, vez que não houve recolhimento do imposto estadual, quer pelo contribuinte ou pelos seus antecessores, de forma indevida. Portanto, consubstancia-se em um estímulo financeiro dirigido ao setor.

A contribuinte entende que esse ressarcimento tem natureza de recuperação de custo e, ainda, mistura alguns conceitos e legislações, conforme excerto que se transcreve (fl. 75):

Aliás, a própria decisão recorrida também amplia o conceito e a incidência da COFINS, ao interpretar o alargamento da base de cálculo de todas as receitas auferidas pela Empresa por conta da interpretação das lei (sic) nºs 9.718/98 e Decreto 4.524/2002, alteradas posteriormente pelas nºs 10.673/2002 e 10.833/2003.

Embora a interessada traga à colação decisão a corroborar sua tese de redução de custo, entendo que os créditos presumidos de ICMS configuram receita e como tal deveriam integrar a base de cálculo da Cofins. Por outro lado, ainda que a contribuinte não tenha arguido expressamente acerca da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF, julgo que a questão deva ser apreciada sob esta ótica. De se registrar que, no Direito brasileiro, o interessado se defende dos fatos, não havendo relevância na qualificação jurídica, uma vez que esta não integra a causa de pedir, consoante os ensinamentos do processualista Alexandre Freitas Câmara¹.

Assim, às partes cabe alegar e fornecer a prova dos fatos. Ao julgador, conhecedor do direito que é, cabe decidir sobre os fatos, consoante as normas aplicáveis, ou seja, decidir com base na subsunção do fato à norma. Nessa toada dispõem os velhos brocardos latinos: dá-me o fato e te darei o direito e, ainda, o juiz conhece a lei.

Portanto, passa-se a análise da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF e seu reflexo nos presentes autos. Em que pese a incompetência deste Conselho para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária, com supedâneo na autorização contida no art. 77 da Lei nº 9.430/96 e art. 4º,

¹ Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, 6ª edição, Ed. Lumen Juris, 2001, p. 203

parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, assim dispõe o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/09:

Art. 62 Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo.

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, ou

[.]

Nesse diapasão, em julgamento realizado em 09/11/2005, pelo Pleno do STF nos RE nºs 357.950 e 358.273, o § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, foi objeto de acórdão cuja publicação ocorreu em 15/08/2006 e o trânsito em julgado em 05/09/2006. O acórdão e a ementa registram o seguinte teor:

***Decisão:** 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. André Martins de Andrade 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 (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005*

***Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 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-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 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 8º 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 (grifei)*

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, 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. Sobreposição ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. (grifei)

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, juntando-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. (grifei)

Tendo em vista o STF já haver se pronunciado definitivamente através de seu Pleno acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com fulcro no art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/09, há que se reconhecer o direito de a contribuinte ter excluído do presente lançamento a exigência decorrente de receitas estranhas ao faturamento.

Ademais, nesse sentido vem decidindo este órgão julgador, conforme demonstram as ementas que, parcialmente, se traz à colação:

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre outras receitas, inclusive o recebimento de crédito presumido de IPI. " (Acórdão 201-80964; Recurso 139359; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 12/03/08)

COFINS. LEI Nº 9.718. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LANÇAMENTO SUBTRAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Declarada a inconstitucionalidade de lei pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o lançamento efetuado com base na lei inconstitucional deve ser ajustado à legislação vigente. (Acórdão 201-81027; Recurso 140171; Relator José Antonio Francisco; Data da Sessão 14/03/08).

INCONSTITUCIONALIDADE DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pode

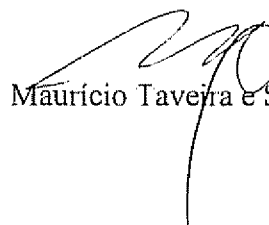
o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre receitas financeiras. Recurso provido. (Acórdão 201-80474, Recurso 137543, Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 14/08/07)

Desse modo, ainda que este argumento não tenha sido expressamente aduzido pela recorrente, com base nas considerações já registradas e, ainda, com supedâneo no princípio que veda o enriquecimento sem causa, entendo que este Conselho deva se manifestar no presente caso, de modo a reconhecer a improcedência do lançamento, uma vez que decorre do alargamento da base de cálculo da exação, em virtude do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo Pleno do STF.

De se ressaltar que, embora a contribuinte mencione a Lei nº 10.833/03, todos os períodos lançados são de Cofins incidência cumulativa, com base na Lei nº 9.718/98.

Sendo essas as considerações que reputo suficientes e necessárias à resolução da lide, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso voluntário para cancelar o auto de infração.

É como voto.


Máurício Taveira e Silva