

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

Processo nº 11618.003179/2002-95
Recurso nº 233.907 Voluntário
Acórdão nº : 3403-00.112 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente COMPANHIA USINA SÃO JOÃO
Recorrida DRJ em RECIFE - PE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/12/1999 a 31/05/2002

NULIDADES. AUSÊNCIA DE MPF ESPECÍFICO.

É desnecessária a emissão de MPF específico para a fiscalização da contribuição, quando o referido instrumento contempla o procedimento de verificações obrigatórias e o auto de infração limita-se a exigir as diferenças apuradas em razão da execução daquele procedimento.

BASE DE CÁLCULO. § 1º, ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

Tratando-se de crédito tributário ainda não definitivamente constituído devem os órgãos administrativos judicantes afastar a aplicação da lei declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal que fixe, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional.

COMPENSAÇÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA.

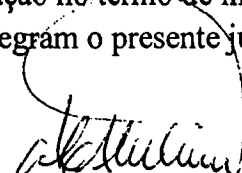
O art. 49, da Lei nº 10.637/2002, constitui-se em óbice intransponível ao deferimento do pedido de compensação formulado por meio de recurso apresentado em procedimento administrativo de determinação e exigência de crédito tributário

Recurso 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 para excluir das bases de cálculo mensais da contribuição às receitas que não se enquadram no conceito de receita bruta, tal como definida na legislação do Imposto de Renda, assim como homologar as exclusões das bases de cálculo que foram

acolhidas pela fiscalização no termo de informação de diligência de fls. 141/143, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente e Relator

EDITADO EM 06/10/2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Tânia Mara Pachóalin (Suplente), Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente), Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Domingos de Sá Filho, Marcos Tranchesi Filho e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado em 23/09/2002 para exigir o crédito tributário relativo à Cofins, multa de ofício e juros de mora, em razão de diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados, relativamente aos períodos de apuração compreendidos entre dezembro de 1999 e maio de 2002.

A 2ª Turma da DRJ em Recife-PE, por meio do Acórdão nº 14.465, de 22/12/2005, manteve o lançamento.

Regularmente notificado daquele Acórdão em 08/02/2006, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário de fls. 100/114, em 03/03/2006, instruído com os documentos de fls. 115/130. Alegou, em preliminar, a nulidade do procedimento por vício formal, uma vez que não fora emitido um MPF complementar específico para a fiscalização da contribuição. No mérito, concordou com a exigência da contribuição sobre o faturamento de álcool para fins carburantes e solicitou a compensação dos valores lançados sob esta rubrica com o ressarcimento de créditos de IPI, cujos processos encontram-se pendentes de análise pela DRFB em João Pessoa – PA. Relativamente à rubrica “outras receitas”, alegou que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/99, que promoveu a ampliação da base de cálculo da contribuição, o que por si justificaria a não incidência do tributo sob as receitas que não sejam provenientes do faturamento e a consequente nulidade do lançamento. Quanto à matéria de fato, apontou as seguintes divergências no lançamento: a) em relação aos meses de abril e outubro de 2000, a fiscalização lançou em duplicidade os valores de R\$ 55.676,73 e R\$ 804.357,10, respectivamente; b) em relação ao mês de novembro de 2001, houve lançamento em duplicidade do valor de R\$ 14.927,46; c) em maio de 2002 foi incluída indevidamente na base de cálculo a quantia de R\$ 2.791.042,64, pois se referê a duas notas fiscais emitidas a título de faturamento antecipado.

Por meio da Resolução nº 202-01.242 (fls. 135/139) o julgamento foi convertido em diligência à repartição de origem para que fossem discriminadas as receitas que compuseram as bases de cálculo mensais da contribuição e também para que fossem verificadas as questões de fato alegadas pela defesa.

Os autos retornaram com o relatório de diligência de fls. 141/143, acompanhado dos documentos de fls. 144/157.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO CARLOS ATULIM, Relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade por vício de forma.

Alegou a recorrente a nulidade do procedimento em razão da falta de MPF específico para a fiscalização da contribuição.

Conforme apontou o relator do processo na DRJ em Recife (fls. 91/94), o MPF de fl. 01 contemplou expressamente o procedimento de verificações obrigatórias em relação aos últimos cinco anos.

Tendo em vista que o auto de infração resultou deste procedimento, que consiste em comparar os valores declarados à repartição fiscal com os obtidos na escrita fiscal do contribuinte, há que se rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, pois o MPF encartado nos autos dá amparo ao trabalho executado pelo Fisco.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Da questão da base de cálculo.

No mérito, são fatos incontroversos que a contribuição deve incidir sobre o faturamento de álcool carburante e que nas bases de cálculo foram incluídas as “outras receitas”, em razão do disposto no art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98.

A discussão travada em primeira instância girou em torno da impossibilidade de exclusão de qualquer receita da base de cálculo do PIS, que não as especificadas na Lei nº 9.718/98.

Nesse passo, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 357.950, em 09/11/2005 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 e a constitucionalidade do art. 8º da referida lei.

A análise do inteiro teor daquela decisão revela que somente as receitas provenientes da venda de mercadorias e da prestação de serviços podem sofrer a incidência do PIS e da Cofins, uma vez que o Tribunal considerou que o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 era incompatível com o art. 195, I, “b” da Constituição, em sua redação original, e que a mácula do dispositivo legal não desapareceu com a superveniência da EC nº 20/98.

Existindo decisão definitiva do STF, proferida em sede de controle difuso, a questão que se coloca é a possibilidade de a Administração Pública estendê-la aos demais contribuintes.

Relativamente à extensão administrativa dos efeitos das decisões do STF em matéria tributária, o art. 77 da Lei nº 9.430/96 estabelece que:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

(Grifei)

Em cumprimento a este enunciado legal foi baixado o Decreto nº 2.346/97, que assim dispôs em seu art. 4º e parágrafo único:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

(Grifei)

Tanto o art. 77 da Lei nº 9.430/96 quanto o *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346/97 exigiram apenas que a decisão proferida pelo STF seja definitiva, não havendo nenhuma ressalva quanto à necessidade de prévia Resolução do Senado em relação às declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso.

Em matéria tributária, portanto, por meio do *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346/97 a Administração Tributária Federal está autorizada pelo Presidente da República a aplicar a interpretação fixada pelo STF independentemente da publicação da Resolução do Senado, bastando, para tanto, a expedição de um ato administrativo do Secretário da Receita Federal ou do Procurador Geral da Fazenda Nacional, para que os órgãos da Administração Tributária ativa se abstenham de aplicar a lei inconstitucional.

Se para os órgãos da Administração Tributária ativa o Presidente da República estabeleceu regra especial no *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346/97, para os órgãos da Administração Tributária judicante foi estabelecida regra específica no parágrafo único. Esta regra alcança não só as Turmas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas também as Turmas das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, pois o parágrafo único se refere expressamente à impugnação ou recurso e à órgãos julgadores singulares ou coletivos, abrangendo tanto o julgamento em primeira, quanto em segunda instância e, também, o julgamento em instância especial.

Tendo em vista que o parágrafo único do art. 4º estabeleceu uma regra de exceção em relação ao *caput*, é evidente que os órgãos da Administração Tributária judicante não precisam aguardar que sobrevenham atos administrativos do Secretário da Receita Federal ou do Procurador Geral, e, tampouco, a publicação da Resolução do Senado, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Isto porque tal exigência foi estabelecida no art. 1º do Decreto nº 2.346/97 em caráter geral para os demais órgãos da Administração Pública e apenas em relação à matéria não tributária. Em outras palavras, o art. 1º do Decreto nº 2.346/97 trouxe uma disposição genérica em relação aos “Órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta”, cuja incidência em matéria tributária é excluída pelas regras especiais criadas no art. 4º.

Observe-se que o art. 77 da Lei nº 9.430/97 foi específico quando mencionou a “**administração tributária federal**”. Já o art. 1º do Decreto nº 2.346/97 se refere genericamente à “**Administração Pública Federal direta e indireta**”. É inequívoco que no Decreto nº 2.346/97 temos três regras distintas disciplinando a extensão dos efeitos das decisões do STF. Uma regra geral no art. 1º do Decreto, que serve genericamente para todos os órgãos da Administração Federal, no caso de declarações de inconstitucionalidade proferidas em ações diretas. Outra regra no *caput* do artigo 4º que é específica para a Administração Tributária ativa. E, por fim, a regra que se constitui na exceção da exceção, que se encontra no parágrafo único, cujos destinatários são os órgãos *singulares e coletivos* da Administração Tributária judicante.

Portanto, é fácil concluir que o art. 77 da Lei nº 9.430/97 foi regulamentado pelo art. 4º do Decreto nº 2.346/97 e não pelo art. 1º que é uma regra geral. Se a Administração Tributária ativa ou judicante precisasse aguardar a publicação de Resolução do Senado nos casos de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, a redação do Decreto nº 2.346/97 poderia ter parado no art. 2º. Aliás, caso se aceite tal interpretação, seria prescindível a própria expedição do Decreto, uma vez que é do conhecimento de todos que a Resolução do Senado suspende a execução da norma inconstitucional com força *erga omnes*, o que alcançaria também toda a Administração Pública Federal.

Desse modo, nos casos de *impugnação* ou de *recurso* não definitivamente julgados, como se dá no caso presente, deve a Administração Tributária judicante adotar a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal e afastar a aplicação da lei declarada

inconstitucional, independente da publicação de Resolução do Senado ou da manifestação de qualquer outra autoridade, pois está autorizada diretamente pelo Presidente da República a fazê-lo.

Esta interpretação foi cancelada por meio do art. 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MP nº 256, de 22 de junho de 2009.

Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, torna-se aplicável a base de cálculo prevista nos artigos 2º, I e 3º da Lei nº 9.715/98, que estabelecem:

Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

(...)

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas de bens e serviços canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias - ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

E a Instrução Normativa SRF nº 51, de 1978 assim estabelece:

(...)

1. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, e o preço dos serviços prestados (artigo 12 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977).

2. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados do comprador ou contratante (imposto sobre produtos industrializados e imposto único sobre minerais do País) e do qual o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário. Imposto não cumulativo é aquele em que se abate, em cada operação, o montante de imposto cobrado nas anteriores.

(...).

Portanto, a lei que rege a incidência da contribuição determina que o termo “faturamento” deve ser tomado na acepção que lhe deu a legislação do Imposto de Renda, tendo, inclusive, repetido o conceito que se encontra no art. 279 do Regulamento do Imposto

de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 e na IN SRF nº 51/78, que regulamentaram o art. 44 da Lei nº 4.506/64 e o art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/77.

É inequívoco que não só as leis, mas também a norma complementar retrocitada, ao estabelecerem que receita bruta é aquela proveniente da venda de bens e da prestação de serviços, determinaram que apenas as receitas da pessoa jurídica que sejam provenientes das suas atividades-fim é que devem sofrer a incidência da contribuição.

Da diligência e das receitas que devem ser excluídas da base de cálculo

No caso concreto, o relatório de diligência de fls. 141 a 143 explicitou a composição das bases de cálculo e também comprovou a procedência de quase todas as alegações da recorrente quanto à matéria de fato.

No que tange à base de cálculo, verifica-se nas fls. 152 a 155 que foram explicitados quais fatos contábeis foram registrados nas diversas contas que compõem o grupo “outras receitas”. Cotejando este demonstrativo, com as planilhas de fls. 147 a 150, que demonstram a composição das bases de cálculo, e levando-se em conta que faturamento é a receita bruta proveniente da **venda de bens e da prestação de serviços** (atividade-fim da pessoa jurídica), considero que devem ser excluídas das bases de cálculo mensais as seguintes receitas: 1) jûros e descontos; 2) arrendamentos; 3) aluguéis de pastos; 4) crias de gado; 5) juros sobre aplicação financeira; 6) prêmio de polarização; 7) rendas tributárias (ICMS); 8) bônus CPMF; 9) rendas de recuperação judicial de preço; 10) rendas de subsídios da Sudene; 11) rendas de participação (não operacional); 12) aluguéis e arrendamentos (não operacional); 13) juros e obrigações da Eletrobrás; 14) bonificações; 15) rendas de aplicações; 16) renda de atualização monetária; 17) rendas eventuais; 18) variação de estoques; 19) recuperações diversas; e 20) receita de vendas de sucatas.

Em contrapartida, devem ser mantidas nas bases de cálculo todas as receitas provenientes da venda de bens que estejam relacionadas com a atividade-fim da pessoa jurídica, quais sejam: 1) receita de vendas de açúcar e álcool; 2) receita de vendas de subprodutos; 3) receita de vendas de cana-de-açúcar; e 4) receita de vendas de sementes de cana-de-açúcar.

No tocante às alegações de fato feitas no recurso, o termo de informação em diligência (fls. 141/143), do qual a empresa foi notificada em 29/01/2009, revela que o Fisco acolheu a maioria dos óbices opostos pela defesa à quantificação do lançamento.

No tocante à alegação de que o Fisco considerou meras transferências de receita como sendo receita nova, a fiscalização concordou com a exclusão do valor de R\$ 55.676,73 no mês de abril de 2000.

No tocante à diferença de R\$ 804.357,10, verificada no mês de outubro de 2000, a fiscalização considerou que somente R\$ 803.668,34 se referem a transferências entre contas. Resta a tributar o valor de R\$ 668,76, pois este valor foi transferido de uma conta que registra receita de exportação (não tributável pela contribuição), para uma conta de receita de venda no mercado interno.

No que tange à diferença de R\$ 14.927,46 no mês de novembro de 2001, a fiscalização reconheceu que deve ser excluído da base de cálculo, por ter sido considerado em duplicidade.

No tocante à diferença de R\$ 2.791.042,64 no mês de maio de 2002, a fiscalização reconheceu que deve ser excluído da base de cálculo, pois se referem a notas fiscais emitidas por vendas para comercial exportadora (fls. 127/128), ou seja, destinadas ao mercado externo, cujas receitas não estão sujeitas à incidência da contribuição.

Tendo em vista que o representante da recorrente tomou ciência do termo de informação em diligência, bem como dos documentos que o acompanham e não o contestou, há que se homologar o resultado da diligência efetuada.

No tocante ao pleito de compensação do débito resultante da venda de álcool carburante com o ressarcimento de créditos de IPI, esclareço que não pode ser acolhido no âmbito deste processo, em razão do disposto no art. 74, § 1º da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe foi dada pelo art. 49 da Lei nº 10.637/2002, que instituiu a declaração de compensação.

Da mesma forma, não há previsão legal para sobrestar este processo para que se aguarde o deslinde dos pedidos de ressarcimento de créditos de IPI.

Com estas considerações, voto no sentido dar provimento parcial ao recurso, para excluir das bases de cálculo mensais da contribuição as receitas discriminadas na fundamentação, que não se enquadram no conceito de receita bruta, tal como definida na legislação do Imposto de Renda, assim como homologar as exclusões das bases de cálculo que foram acolhidas pela fiscalização no termo de informação de diligência de fls. 141/143.


ANTONIO CARLOS ATULIM