

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

Processo nº 13005.000978/2006-77
Recurso nº 250.324 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.898 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2010
Matéria PIS NÃO-CUMULATIVO; COFINS NÃO-CUMULATIVO
Recorrente BRASFUMO-INDÚSTRIA BRASILEIRA DE FUMOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/03/2003

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO CARF

Conforme art. 62, Parágrafo Único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, este Conselho poderá afastar aplicação lei com base em inconstitucionalidade, se de igual modo o Pleno do STF tiver declarado.

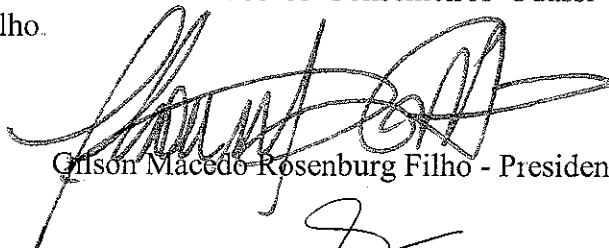
BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TERMO “FATURAMENTO”.

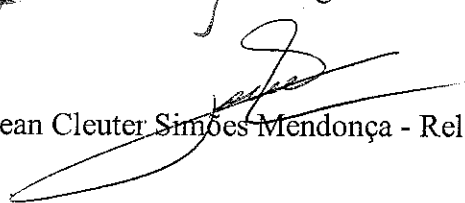
O termo “faturamento” deve ser entendido como as receitas oriundas da atividade principal da empresa. Os valores alcançados com atividades eventuais não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho e Gilson Macedo Rosenberg Filho.


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente


Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro Miranda e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

Trata o presente processo pedido de ressarcimento do PIS não-cumulativo dos 1º, 2º e 3º trimestres de 2003 e 2004 ; e da COFINS não-cumulativa dos 2º, 3º e 4º de 2004, enviados por DECOMP em 26/12/2006 (fl.01/29).

Após diligência para verificação dos créditos, a Delegacia da Receita Federal em Santa Cruz do Sul/RS elaborou quatro Termos de Verificação Fiscal, o primeiro para verificação do PIS não-cumulativo do 2º trimestre de 2004 (fls 149/154); o segundo, para verificação do PIS não-cumulativo do 3º trimestre de 2004 (fls 159/164), o terceiro para verificação do PIS não-cumulativo do 4º trimestre de 2004 (fls 169/170); e o quarto, para verificação do PIS 2º, 3º e 4º de 2003, e da COFINS não-cumulativa dos 2º, 3º e 4º trimestre de 2004 (fl.175).

Nos dois primeiros termos de informação fiscal (referentes aos 2º e 3º trimestre de 2004), o agente fiscal relata que a contribuinte não incluiu na base de cálculo do PIS o valor relativo à variação cambial favorável à contribuinte e valores auferidos com cessão de crédito de ICMS, por isso, ao calcular os créditos, a fiscalização incluiu esses valores na base de cálculo da contribuição. Nos mesmos termos da verificação fiscal estão descritos os créditos indevidos, incluídos na DACON pela contribuinte, quais sejam: juros passivos e descontos, os quais a fiscalização não considera como despesa financeira; variações cambiais passivas e fretes sobre venda com o cálculo superior ao constatado pela fiscalização. Esses créditos indevidos foram glosados pela fiscalização.

No terceiro termo de verificação fiscal (referente ao 4º trimestre de 2004), a fiscalização incluiu na base de cálculo do PIS os valores auferidos com a venda de crédito de ICMS, não oferecida à tributação pela contribuinte.

Assim, a fiscalização sugeriu o deferimento parcial dos pedidos de ressarcimentos referentes aos créditos do PIS não-cumulativo do 2º, 3º e 4º trimestre de 2004.

No quarto termo de verificação fiscal (referentes aos créditos do PIS do 2º, 3º e 4º; e da COFINS do 2º, 3º e 4º 2004) a fiscalização sugeriu o indeferimento total do pedido, em razão do mesmo já estar sendo apreciado em outros processos administrativo

O delegado substituto da Delegacia da Receita Federal em Santa Cruz do Sul, por despacho decisório (fl.178), deferiu parcialmente o pedido de ressarcimento do crédito do PIS não-cumulativo dos 2º, 3º e 4º trimestres de 2004 e indeferiu o pedido relativo aos créditos do PIS não-cumulativo dos 1º, 2º e 3º, trimestres de 2003 e da COFINS não-cumulativa do 1º, 2º, e 3º trimestres de 2004, conforme sugerido pelos termos informação fiscal

Irresignada, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls.183/210) alegando, em síntese, o seguinte:

- 1- A inclusão da variação cambial na base de cálculo do PIS não-cumulativo está apoiada no art. 30 da Medida

Provisória nº 2.158-35 de 25 de agosto de 2001, o qual foi regulamentado pela IN/SRF nº 345 de 28/07/2003. Porém, como se trata da base de cálculo, a alteração da base de cálculo seria válida somente se estivesse apoiada em lei, em sentido estrito.

- 2- A IN/SRF nº 345/2003 foi aplicada retroativamente, pois a opção pelo regime de caixa foi adotada em 1º de janeiro de 2003 e a referenda instrução normativa é de julho de 2003, não podendo ser aplicada a todo o período;
- 3- A tributação da cessão de crédito de ICMS contraria o incentivo dado pela Constituição Federal, em seu art. 155, §2º, inciso X, alínea “a”, além disso, o crédito do ICMS faz parte do patrimônio da contribuinte, de modo que a incidência do PIS e da COFINS sobre a cessão desse crédito seria uma tributação sobre o patrimônio do sujeito passivo e não sobre o seu faturamento.

Em seu acórdão (fls 237/248), a DRJ em Santa Maria/RS prolatou a seguinte
ementa:

“ BASE DE CÁLCULO. CRÉDITOS DE ICMS.

A cessão de crédito de ICMS configura receita que deve ser incluída na base de cálculo do PIS.

*RECEITAS FINANCEIRAS DECORRENTES DE VARIAÇÕES CAMBIAIS
RECONHECIMENTO. OPÇÃO.*

A alteração do critério de reconhecimento das receitas financeiras decorrentes de variações cambiais se aplica a todos os meses do ano-calendário em que for realizada.

Solicitação Indeferida”.

A contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 05/11/2007 (fl.250) e interpôs Recurso Voluntário em 30/11/2007 (fls.251/262), fortalecendo os argumentos utilizados na Manifestação de Inconformidade e, ao fim, pedindo o reforma integral do acórdão da DRJ para deferimento total do pedido de ressarcimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, Relator

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A contribuinte requereu ressarcimento do PIS e da COFINS não-cumulativa de diversos períodos entre 2003 e 2004. A autoridade fiscal indeferiu integralmente o ressarcimento da COFINS não-cumulativa e parcialmente do PIS não-cumulativo sob diversos argumentos: erro no cálculo de crédito, créditos sendo analisados em outro processo administrativo, não inclusão na base de cálculo do PIS não-cumulativo dos valores auferidos com a variação cambial e com a cessão de crédito do ICMS.

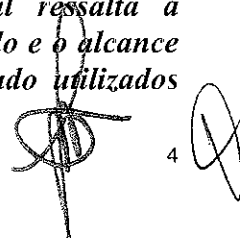
Embora o despacho decisório tenha glosado diversos créditos, a contribuinte insurgiu-se apenas contra a inclusão na base de cálculo do PIS não-cumulativo dos valores da variação cambial e dos valores auferidos com a cessão de crédito do ICMS. Por essa razão, somente essas matérias serão apreciadas, considerando-se preclusas as demais matérias não suscitadas.

O debate consiste na interpretação do termo “receita”, disposto pelos arts. 1^{os} das Leis n^{os} 10.637/2002 e 10.833/2003.

O termo “faturamento” disposto texto constitucional refere-se às receitas adquiridas com a venda de produtos ou prestação de serviço objeto da empresa, isto é, trata-se do resultado das receitas oriundas da atividade fim da contribuinte. Por essa razão, quando os arts. 1^{os} das Leis n^{os} 10.637/2002 e 10.833/2003 dispõem que o faturamento é “*o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*”, está-se ampliando a interpretação do texto constitucional de forma irregular.

O debate chegou ao STF várias vezes em forma de Recurso Extraordinário. Em diversas ocasiões a Primeira e a Segunda Turma julgaram inconstitucional o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, cujo teor é o mesmo dos arts. 1^{os} das Leis n^{os} 10.637/2002 e 10.833/2003. Em 09/11/2005 o Pleno do STF julgou os Recursos Extraordinários nº 390840 e nº 346084, cujas relatorias foram dos Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, respectivamente. Para os dois julgamentos foram prolatadas ementas com a seguinte redação:

“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. Sobrepor-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” (grifo nosso)

Com esse julgado, a jurisprudência do STF ficou consolidada no sentido de que o PIS e a COFINS devem incidir somente sobre a receita operacional, ou seja, ligadas à venda de mercadorias e serviço.

Em que pese a Súmula nº 02 do CARF determinar a incompetência deste Conselho para se pronunciar a respeito de inconstitucionalidade de normas, o Parágrafo Único do art. 62 do Regimento Interno autoriza o afastamento de disposição legal declarada inconstitucional pelo Pleno do STF, como se percebe abaixo:

*“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**” (grifo nosso)*

Portanto, com base no julgamento do Pleno do STF demonstrado acima e no art. 62, Parágrafo Único, inciso I do Regimento Interno do CARF, deve-se considerar como receita tributável pelo PIS e pela COFINS somente a receita oriunda da venda de mercadoria e prestação serviço.

Ex positis, dou provimento ao Recurso Voluntário para que os créditos da contribuinte sejam calculados sem a inclusão, na base de cálculo do PIS e da COFINS, dos valores auferidos com a cessão de crédito do ICMS.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA

