



**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 – 4<sup>a</sup> Câmara / 1<sup>a</sup> 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

**APRECIAÇÃO 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 Rosenburg Filho.

Gilson Macedo Rosenburg 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 resarcimento do PIS e da COFINS não-cumulativa de diversos períodos entre 2003 e 2004. A autoridade fiscal indeferiu integralmente o resarcimento 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<sup>os</sup> das Leis nºs 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<sup>os</sup> das Leis nºs 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<sup>os</sup> das Leis nºs 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 N° 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL N° 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. Sobrepoê-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

