



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13854.000324/2002-19
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-010.253 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 11 de março de 2020
Recorrente FRUTAX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. LEI 9.718/98.
INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO. STF. REPERCUSSÃO GERAL.

A decisão que considerou constitucional o *caput* do artigo 3º da Lei 9.718, de 1998 e declarou a inconstitucionalidade de seu §1º, estabeleceu que apenas o faturamento mensal da sociedade empresária, representado pela receita bruta advinda das atividades típicas da pessoa jurídica, integram a base de cálculo da COFINS.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte, por força do disposto no artigo 62, § 2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

O valor das variações cambiais (receitas financeiras), não compõe a base de cálculo da COFINS, na sistemática cumulativa da Lei nº 9.718, de 1998.

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 dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pelo Contribuinte contra a decisão consubstanciada no **Acórdão n.º 204-02.452**, de 23/05/2007 (fls. 300/305), proferida pelo Segundo Conselho de Contribuintes/MF, que negou provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

Do Auto de Infração

O processo trata de Auto de Infração (fls. 6/13) lavrado em virtude da apuração de falta de recolhimento da Contribuição para a COFINS, períodos (PA) entre março de 1999 e outubro de 2001, exigindo-se a contribuição, multa de ofício e juros de mora. Segundo a Fiscalização, o contribuinte omitiu receitas provenientes de variações cambiais ativas, recuperação de despesas e de prestação de serviços, sendo a COFINS a elas relativa lançadas de ofício. Veja-se o enquadramento legal adotados pela Fiscalização (fl. 9, do Auto de Infração):

“(...) Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; Arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições (...)”.

Da Impugnação e Decisão de Primeira Instância

O contribuinte foi cientificado do lançamento e apresentou a Impugnação de fls. 74/91, aduzindo, em síntese, que concorda com o lançamento referente ao ano de 2001, referente a recuperação de despesas e prestação de serviços; já quanto à variação cambial, afirma que a Fiscalização considerou apenas a variação ativa, mas não subtraiu dela a variação passiva; que optou pela tributação das variações cambiais pelo regime de caixa; alega ainda que a Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional por alargar a base de cálculo da COFINS; quanto aos juros, afirma que a aplicação da taxa Selic contraria o art. 161 do CTN; em relação à multa, não houve conduta dolosa ou fraudulenta que a justificasse, apenas caberia a multa moratória de 20%.

A DRJ em Ribeirão Preto (SP), apreciou a Impugnação e, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 14-13.231, de 25/07/2006, (fls. 248/257), considerou o lançamento **parcialmente improcedente**, cancelando a contribuição lançada para os meses de fevereiro, março, junho, julho e dezembro de 2000, e mantendo a contribuição apurada no Auto de Infração para o restante dos períodos, acrescida da multa de 75% e de juros moratórios.

Na decisão asseverou ainda que as receitas decorrentes da variação cambial ativa são tributadas pela COFINS, como parte da receita bruta, sem possibilidade de exclusão das variações passivas por falta de previsão legal.

Recurso Voluntário

Cientificada da decisão de 1ª instância, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário de fls. 268/285, requerendo o provimento do recurso e, alegando basicamente que: após ver superadas suas alegações de que deveriam ser abatidas as variações passivas, restringe-se a apontar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.718, de 1998, que alargaram o conceito de faturamento, indicando a recente decisão do STF nesse sentido. Insurge-se ainda contra a incidência dos juros Selic com os argumentos de contrariedade às disposições do CTN. Também alega que a multa tem caráter confiscatório, devendo ser reduzida ao patamar de 20% previsto no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996.

Decisão recorrida

Quando da apreciação do Recurso Voluntário, foi exarada a decisão consubstanciada no **Acórdão n.º 204-02.452**, de 23/05/2007 (fls. 300/305), proferida pelo Segundo Conselho de Contribuintes/MF, que negou provimento ao Recurso Voluntário apresentado. Nessa decisão, a Turma entendeu que:

- no ano de 1999, integram a base de cálculo da COFINS, na condição de receitas financeiras, as variações de direitos de crédito e de obrigações em função da variação no valor da moeda estrangeira em que contraídos, as quais devem ser apuradas contabilmente segundo o regime de competência;

- aos órgãos administrativos de julgamento em primeira e em segunda instância é vedado negar aplicação a comando legal regularmente editado e em vigor por considerações de inconstitucionalidade;

- até que o Congresso Nacional estenda a todos os contribuintes os efeitos de reiteradas decisões proferidas, pelo STF, permanecem aplicáveis as disposições ali apontadas por inconstitucionais, em decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, a teor do que dispõe o Decreto n.º 2.396, de 1997.

Recurso Especial do Contribuinte

Cientificada do **Acórdão n.º 204-02.452**, de 23/05/2007, o Contribuinte apresentou Recurso Especial de divergência (fls. 311/320), apontando o dissenso jurisprudencial que visa a rediscutir o entendimento firmado pelos julgadores em relação a ***aplicação do §1º do art. 3º da Lei 9.718/98 em função de declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF)***.

Defende que tendo em vista o dissídio jurisprudencial apontado, há que ser admitido o Recurso Especial e, no mérito, seja-lhe dado provimento, para anular o acórdão recorrido, cancelando-se as exigências fiscais remanescentes.

No recurso ressalta que em tais condições, impossível a lavratura do respectivo Auto de Infração, levando-se em consideração a alteração legislativa decorrente do §1º do art. 3º da lei 9.718, de 1998, declarada inconstitucional pelo STF, quanto à base de cálculo do PIS e da COFINS. Portanto, improcedente é a autuação neste aspecto.

Para comprovação da divergência, apresentou, a título de paradigma o Acórdão n.º 101-95.764, de 21/09/2006 e Acórdão n.º 105-15.452, de 07/12/2005, alegando que:

- enquanto o acórdão recorrido decidiu por não acatar a alegação de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da lei 9.718, de 1998, sob o fundamento de não aplicação de preceito legal declarado inconstitucional no controle difuso antes que o Congresso Nacional estendesse seu efeito a todos os contribuintes, mantendo a incidência da COFINS sobre as variações cambiais (receitas financeiras);

- os acórdãos paradigmas apresentados, decidiram pela aplicação imediata da decisão de inconstitucionalidade acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a incidência das contribuições do PIS e da COFINS sobre as respectivas receitas financeiras.

Com essas considerações, o Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de julgamento/CARF, então, com base no Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial de fls. 331/333, deu seguimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

Contrarrazões da Fazenda Nacional

Devidamente cientificada do **Acórdão nº 204-02.452**, de 23/05/2007, do Recurso Especial do Contribuinte e do Despacho de sua análise de admissibilidade, a Fazenda Nacional apresentou suas contrarrazões de fls. 335/341, que em resumo, pugna para que seja negado provimento ao Recurso Especial interposto pelo contribuinte pelas seguintes razões:

A norma inquinada de inconstitucional pela impugnante continua válida, não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-la nem declarar sua inconstitucionalidade, sob pena de violar o princípio da legalidade, na primeira hipótese, e de invadir seara alheia, na segunda. “(...) *Assim, a atribuição dos julgadores está limitada a afastar a aplicação apenas de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de forma inequívoca e definitiva, atendendo ainda a determinação do Secretário da Receita Federal*”.

O processo, então, foi sorteado para este Conselheiro para dar prosseguimento à análise do Recurso Especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator.

Conhecimento

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, conforme consta do Despacho do Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de julgamento/CARF (fls. 331/333), com os quais concordo e cujos fundamentos adoto neste voto.

Portanto, conheço do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

Mérito

Para análise do mérito, se faz necessária a delimitação do litígio. No mérito, cinge-se a controvérsia quanto a ***aplicação do §1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998 em função de declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF)***.

Antes de entrar na análise de mérito, cumpre esclarecer que, no caso, não há lançamento com base na Lei nº 10.833, de 2003, em discussão. Com efeito, a lide se resume à discussão sobre a tributação/incidência da COFINS sobre as variações cambiais (receitas financeiras), no ano de 1999, portanto na vigência da Lei nº 9.718, de 1998.

Pois bem. O valor das variações cambiais (receitas financeiras), caracteriza uma receita, porém não compõe o faturamento da pessoa jurídica. Por outro lado, o chamado “alargamento da base de cálculo da COFINS”, foi instituído pela Lei nº 9.718, de 1998, pela definição de faturamento como sendo a totalidade das receitas, independentemente de sua denominação e classificação contábil.

A Lei nº 9.718, de 1998, dispunha ser o faturamento a base de cálculo das contribuições, sendo este equiparado à receita bruta da pessoa jurídica, tal como determinavam seus artigos 2º e 3º. Este último conceito normativo estava acompanhado do § 1º, que determinava que “*entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo*

irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil dotada para as receitas.”

Entretanto, conforme entendimento assentado, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 585.235, o citado alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718, de 1998, foi considerado inconstitucional.

A seguir, para fins de ilustração, encontra-se reproduzida a ementa e o dispositivo do referido Recurso Extraordinário:

RE 585.235 QORG/MG MINAS GERAIS

REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 10/09/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006)

Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário.

Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art.3º, §1º, da Lei nº 9.718/98. Decisão

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.

110- Ampliação da base de cálculo da COFINS.

Tese É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS prevista no art. 3º, §1º, da Lei 9.718/98.

Com efeito, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, em seu Anexo II, art. 62, § 2º, determina a reprodução pelos conselheiros do CARF das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal proferidas com repercussão geral reconhecida. Para fins de esclarecimento, encontra-se reproduzido o referido dispositivo:

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.

...

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de

2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Assim, segundo o STF, a definição constitucional do conceito de faturamento envolve somente a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, nestes termos, ficam excluídos deste conceito as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, as quais se pretendeu tributar com a Lei nº 9.718, de 1998, que previa a inclusão da totalidade das receitas no conceito de faturamento.

Ressalta-se que, apenas com a edição das leis nº 10.637, de 2002 para a Contribuição para o PIS/PASEP e nº 10.833, de 2003 para a COFINS e que se possibilitou a inclusão das receitas financeiras dentre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas.

Como os lançamentos se referiram aos fatos geradores (variações cambiais) ocorridos no ano de 1999, fundamentados no artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998 (fl. 9, do Auto de Infração), não há base legal para tais exigências, pois tais receitas, como receitas financeiras que são, não estavam, à época dos fatos geradores, incluídas no conceito de faturamento, portanto não estavam submetidas à incidência da Contribuição para a COFINS.

Portanto, o valor das variações cambiais (receitas financeiras), não compõe a base de cálculo da COFINS, na sistemática cumulativa da Lei nº 9.718, de 1998.

Conclusão

Desta forma, voto no sentido de conhecer do Recurso Especial de divergência interposto pelo Contribuinte, para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos