



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

Processo n° 16004.001031/2007-62
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3401-001.694 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de fevereiro de 2012
Matéria PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EMPRESA VENDEDORA DE MERCADORIAS OU PRESTADORA DE SERVIÇOS. OUTRAS RECEITAS. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 1º. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF.
Recorrente INDÚSTRIAS REUNIDAS COLOMBO LTDA
Recorrida DRJ RIBEIRÃO PRETO-SP

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 31/01/2002, 30/04/2004 e 31/05/2004

LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 1º. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. EMPRESA VENDEDORA DE MERCADORIAS OU PRESTADORA DE SERVIÇOS. INCONSTITUCIONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.

De lançamento de ofício contra empresa vendedora de mercadorias ou prestadora de serviços excluem-se os valores tributados pelo PIS e Cofins com base no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, à vista da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Data do fato gerador: 31/01/2002, 30/04/2004 e 31/05/2004

LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 1º. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. EMPRESA VENDEDORA DE MERCADORIAS OU PRESTADORA DE SERVIÇOS. INCONSTITUCIONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.

De lançamento de ofício contra empresa vendedora de mercadorias ou prestadora de serviços excluem-se os valores tributados pelo PIS e Cofins com base no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, à vista da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Adriana Oliveira e Ribeiro (Suplente), Fernando Marques Cleto Duarte e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da DRJ que manteve dois autos de infração – um do PIS e outro da Cofins -, ambos lançados em face da ausência de recolhimentos.

Os valores lançados correspondem àqueles não declarados em DCTF, conforme o TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL DE COFINS E PIS, de fls. 124/126.

Nos termos do relatado pela primeira instância, na impugnação a contribuinte alegou, em síntese, que a autuação é decorrente da tributação de todas as receitas da empresa, mas tal entendimento já se encontra superado em razão de decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade formal do alargamento da base de cálculo promovido pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Assim, por se tratar de créditos apurados sobre receitas não operacionais requer que as autuações sejam canceladas.

A instância de piso manteve os lançamentos por não aplicar a inconstitucionalidade acima referida. Levou em conta que a decisão do STF não tem efeitos *erga omnes*, já que proferida em recurso extraordinário.

No recurso voluntário, tempestivo, a contribuinte insiste na improcedência dos autos de infração, repisando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Assevera que, em atenção aos princípios constitucionais da moralidade e celeridade, não é cabível que os órgãos administrativos se oponham à decisão plenária da inconstitucionalidade.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

Antes de analisar a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, tal como promovida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, observo que os dois autos de infração foram cientificados à contribuinte em 22/11/2007 (fls. 129 e 132) e, apesar de relativos a períodos de apuração do ano de 2002, nenhum está decaído por não ter

havido pagamento antecipado até outubro de 2002. Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em recursos repetitivos, que cabe aqui replicar em obediência ao art. 62-A do Regimento Interno deste CARF, alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário ofício é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo não ocorre.

Conforme as fls. 19/22, os únicos pagamentos antecipados são do PIS, no período de apuração 11/2002, e da Cofins nos períodos, 11/2002 e 12/2002. Em face da inexistência de recolhimentos antecipados nos períodos até outubro de 2002, o prazo decadencial desses meses começa a contar em janeiro de 2003, de modo que o lançamento podia ser efetuado até o final de 2007. Em relação ao período novembro de 2002 o termo inicial da decadência é o mês seguinte, tanto para o PIS quanto a Cofins, por ter havido pagamento antecipado, o mesmo se dando em relação ao mês dezembro de 2002, no caso da Cofins. Assim, o termo inicial mais antigo do prazo decadencial é 01/12/2002, de modo que só caberia cogitar de decadência a partir de 01/12/2007.¹

Descartada a decadência, e verificando o processo com acuidade, vejo que a fiscalização adotou como bases de cálculo valores informados pela própria contribuinte, às fls. 91 e 109, e os montantes lançados correspondem a diferenças não declaradas em DCTF, como informa o TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL DE COFINS E PIS, de fls. 124/126.

Na maioria dos meses as diferenças lançadas correspondem às bases de cálculo reconhecidas pela própria contribuinte, sem contestação específica nem na impugnação nem no recurso voluntário (ver fl. 125, *in fine*). Em três períodos de apuração, apenas, a fiscalização computou nas bases de cálculo valores não admitidos pela contribuinte: janeiro, abril e maio de 2002. Nestes a contribuinte informou existirem Variações Cambiais Ativas, não incluídas por ela nas bases de cálculo (ver fl. 91), mas tributadas pela fiscalização à luz da receita bruta definida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (alargamento).

É contra esses valores das Variações Cambiais Ativas que a ora Recorrente se insurge, do mesmo modo como já se fez na impugnação. No restante os dois lançamentos não são contestados.

Ao contrário da DRJ, e diferentemente de votos meus antigos - nos quais me posicionei pela não aplicação da inconstitucionalidade em debate por ter sido proferida em sede do controle difuso de inconstitucionalidade - atualmente vejo que é preferível afastar logo a eficácia do multicitado § 1º, desde que se trate de empresa comercial vendedora de mercadorias e prestadora de serviços, como acontece na presente lide (a restrição se dá em relação às instituições financeiras, porque na hipótese destas o STF ainda não decidiu o que, exatamente, constitui receita tributável).²

¹ Acórdão nº 3401-01.420, processo nº 19515.003292/2008-26, sessão de 02 de junho de 2001, sob a minha relatoria, unânime.

² Nos termos do Acórdão nº 3401-01.051, processo nº 16327.000998/2005-12, sessão de 30 de setembro de 2010, esta Primeira Turma decidiu, por maioria, o seguinte:

BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALARGAMENTO. LEI 9.718/98, ART. 3º, § 1º. CONTROVÉRSIA NÃO DIRIMIDA PELO STF.

O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, decidiu o tema em relação às empresas vendedoras de mercadorias e prestadoras de serviços, mas não às instituições financeiras.

Referida inconstitucionalidade foi declarada na via incidental - Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273, 390.840, 346.084 e 585.235, dentre outros -, mas atualmente o STF debate a edição de súmula vinculante sobre o tema, cuja redação inicialmente proposta foi a seguinte (conforme o site do STF na internet, no endereço <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/PropostasdeSumula.pdf>, consulta em 06/02/2012, proposta de Súmula 6):

TRIBUTO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DA LEI 9.718/98.

Enunciado: “É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.”

Precedentes: RE nº 346.084 Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.09.2006; RE nº 357.950, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006; RE nº 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006; RE nº 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006.

O STF, no julgamento Questão de Ordem levantada no RE nº 585.235, em 10/09/2008 reconheceu a existência de repercussão geral da questão, reafirmou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 e aprovou a proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante, ainda não votada.

A redação acima proposta não restou aprovada. De todo modo, por meio de edital da Secretaria do STF com data de 13/05/2009, veiculado nos termos da Resolução nº 388-STF, de 5 de dezembro de 2008, foram propostas três novas redações (Proposta de Súmula Vinculante nº 22), com os seguintes verbetes:

Assunto: TRIBUTO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9718/98:

“É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS.” (proposta do Min. Cesar Peluso) ou

“A alteração da base de cálculo da COFINS, pelo art. 3º, § 1º, da Lei 9718/98, mediante a ampliação do conceito de faturamento, violou o art. 195, I e § 4º, da CF, vício que a subsequente edição da Emenda Constitucional 20/98 não convalidou.” (Presidência) ou

“É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas das mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza.” (proposta dos Min. Marco

Aurélio e Joaquim Barbosa, na primeira vez em que foi sugerida esta súmula vinculante) ou

Diante da provável irreversibilidade no trato da matéria pelo STF, no tocante às empresas vendedoras de mercadorias e prestadoras de serviços (ressalvo mais uma vez as financeiras), este Colegiado já decidiu, à unanimidade, conforme a ementa seguinte (Acórdão nº 3401-01.627, sessão de 6 de outubro de 2011, relator o ilustre Conselheiro Odassi Guerzoni Filho):

COFINS. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins. Assim, de se retirar da base de cálculo da contribuição quaisquer outras receitas que não as decorrentes do faturamento, por este compreendido apenas as receitas com as vendas de mercadorias e/ou de serviços.

Pelo exposto, dou provimento para excluir das bases de cálculo do PIS e Cofins os valores de Variações Cambiais Ativas, computadas pela fiscalização nos períodos de apuração janeiro, abril e maio de 2002. No mais, ficam mantidos os dois autos de infração.

Emanuel Carlos Dantas de Assis