



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

Processo n° 18471.000874/2007-61
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-002.930 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2015
Matéria PIS/PASEP E COFINS
Recorrente NITERÓI MARKET
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

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

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo da Cofins, o que, nos termos do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, e art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, impõe a sua observância pelas turmas julgadoras integrantes deste Conselho Administrativo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003

PIS/PASEP NÃO CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS. VARIAÇÕES MONETÁRIAS ATIVAS. INCLUSÃO.

As variações monetárias ativas, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.718/98, para fins de apuração da contribuição para o PIS/Pasep, são consideradas receitas financeiras, quando da opção pelo regime de competência, a partir dos registros mensais, e, quando da adoção pelo regime de caixa, quando da liquidação das operações correspondentes.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Bernardo Leite, que convertia o julgamento do recurso em diligência. Fez sustentação oral pela recorrente dr. Alberto de Medeiros Filho OAB/DF/2.474.

Júlio César Alves Ramos - Presidente

Robson José Bayerl - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio, César Alves Ramos, Jean Cleuter Simões Mendonça, Robson José Bayerl, Eloy Eros da Silva Nogueira, Angela Sartori e Bernardo Leite de Queiroz Lima.

Relatório

Cuida-se de auto de infração de PIS não cumulativo e Cofins, relativo ao ano-calendário 2003, para constituição de valores concernentes às variações monetárias ativas não oferecidas à tributação.

Em impugnação o contribuinte, após historiar a evolução legislativa, defendeu a não incidência do PIS/Pasep não cumulativo sobre as variações monetárias ativas ainda não realizadas, mas apenas àquelas efetivamente auferidas, o que só verificaria por ocasião da liquidação da operação. Em relação à Cofins, a par da alegação de não incidência, sustentou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A DRJ Rio de Janeiro I/RJ manteve integralmente o lançamento, *verbis*:

INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à Autoridade Administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, pois o controle das leis acha-se reservado ao Poder Judiciário.

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718, DE 1998, ART. 3º, § 1º. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CONTROLE DIFUSO. EFEITOS INTER PARTES.

A decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito de recurso extraordinário, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, surte efeitos jurídicos apenas entre as partes envolvidas no processo, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil CPC (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), eis que proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, não produzindo efeitos erga omnes, não podendo beneficiar ou prejudicar terceiros.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Constatada a falta e/ou insuficiência de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, com multa de ofício, na forma definida na legislação da espécie.”

O recurso voluntário reitera a argumentação de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 e a não incidência das contribuições sobre as variações monetárias ativas não realizadas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Tomada a natureza de receita financeira das variações monetárias ativas, objeto da autuação, é indisputável que sua inclusão na base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, na modalidade cumulativa, somente é possível a partir do conceito ampliado de faturamento, implementado pelas alterações da Lei nº 9.718/98, mormente, o art. 3º, § 1º, assim vazado: “*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 adotada para as receitas*”.

Fixado o parâmetro de análise, entendo que o lançamento não pode prosperar nos moldes em que lavrado, porquanto, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do assunto e concluiu pela inconstitucionalidade do aludido conceito de faturamento, em manifestação que reproduzo¹:

BASE DE CÁLCULO DA COFINS E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se, no entanto, de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde

¹ Página virtual do STF: www.stf.jus.br. Repercussão Geral. Matéria com mérito julgado. Consulta realizada em 23/11/2009.

se vislumbra definitividade deste posicionamento, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Com espeque nesta assertiva, tranqüila a aplicação das disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, incluído pela Lei nº 11.941/2009, assim redigido:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”. (grifado)

O regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por seu turno, é mais incisivo ao determinar a obrigatoriedade de observância das decisões definitivas do STF com repercussão geral, a teor do art. 62-A, a seguir reproduzido:

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.”

Considerando que a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período lançado (2003), estava submetida ao regime cumulativo de apuração **estatuído na Lei nº 9.718/98, relativamente a este tributo, deve ser considerado insubsistente a**

autuação, independente da discussão sobre a forma de tributação das receitas de variações monetárias, pois como dito, com a declaração de inconstitucionalidade acima referenciada, o faturamento passa a ser o somatório das receitas típicas da atividade empresarial, segundo entendimento hodierno.

Todavia, a mesma conclusão não se aplica ao PIS não cumulativo, eis que a legislação de regência, a partir de dezembro/2002, passa a ser a Medida Provisória nº 66/02, convertida na Lei nº 10.637/2002, que define faturamento mensal como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, não se lhe aplicando a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98.

Encontrando-se a Lei nº 10.637/02 válida e vigente não compete ao CARF discutir aspectos de sua constitucionalidade, como fixado no verbete da Súmula CARF nº 2 (*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*).

Neste sentido, considerando o silêncio da Lei nº 10.637/02 a respeito, remete-se ao tratamento conferido pelo art. 9º da Lei nº 9.718/98 e art. 30 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, vigentes por ocasião da ocorrência dos fatos jurídicos tributáveis:

“Art. 30. A partir de 1º de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.”

§ 1º À opção da pessoa jurídica, as variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de todos os tributos e contribuições referidos no caput deste artigo, segundo o regime de competência.

§ 2º A opção prevista no § 1º aplicar-se-á a todo o ano-calendário.

§ 3º No caso de alteração do critério de reconhecimento das variações monetárias, em anos-calendário subseqüentes, para efeito de determinação da base de cálculo dos tributos e das contribuições, serão observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal.”

“Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.”

Diante dos textos legais transcritos tenho como indiscutível que as variações monetárias ativas devem sofrer a incidência do PIS/Pasep não cumulativo. O debate a ser travado, reside então no momento de sua ocorrência, se no registro contábil, quando da adoção do regime de competência, ou na liquidação da operação, no regime de caixa.

Alega o recorrente que a opção pelo regime de competência não teria o condão de obrigar-lhe ao reconhecimento mensal das receitas apuradas, mas apenas de remeter à observância da legislação específica do IRPJ, não havendo qualquer incompatibilidade entre

a adoção do regime de competência e o reconhecimento das receitas de variações monetárias tão somente por ocasião da liquidação das operações.

Nada obstante o raciocínio engendrado, entendo-o equivocado, haja vista que a opção pelo regime de competência impõe, sim, o reconhecimento das receitas registradas mensalmente na rubrica em tela, ainda que não liquidadas, sob pena de equipará-lo ao regime de caixa, onde se tomam as receitas **efetivamente** auferidas quando das respectivas liquidações.

Friso, a adoção do regime de competência é opção do contribuinte, de maneira que, realizada a escolha, goza de todos os bônus e arca com todos os ônus daí decorrentes, não sendo possível a criação de um sistema híbrido onde a apuração do IRPJ e CSLL, relativamente às variações monetárias, seja realizada pelo regime de competência e para o PIS/Pasep e Cofins a apuração se dê pelo regime de caixa, quando da liquidação dos contratos, como parece pretender o recorrente.

Portanto, a decisão recorrida, neste ponto, não merece qualquer reparo.

Diante das considerações tecidas, voto no sentido de dar parcialmente provimento ao recurso interposto para exonerar a parcela da Cofins lançada e submetida ao regime cumulativo, nos termos do voto.

Robson José Bayerl