

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

Processo nº 18471.001524/2003-98
Recurso nº 248.932 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.152 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2009
Matéria COFINS
Recorrente GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO II/RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999

Decisão do Superior Tribunal Federal - STF declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/99, que promoveu o alargamento da base de cálculo da contribuição para o PIS e a COFINS. O entendimento pacificado pela jurisprudência é de que a base de cálculo para apuração do montante devido das contribuições se restringe tão-só ao faturamento.

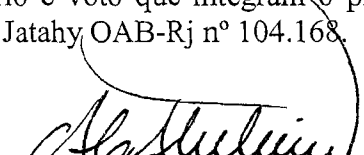
OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DA MATÉRIA ENTRE A AÇÃO JUDICIAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A concomitância só existe quando o objeto do procedimento judicial se revela o mesmo da matéria do contencioso administrativo.

Recurso Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não tomar conhecimento do recurso na parte em que existe concomitância como o processo judicial e, na parte conhecida, também por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo os valores contabilizados como recuperação de despesas, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Sustentou pela recorrente a Drª Mariana Barreira Jatahy OAB-Rj nº 104.168.


Antônio Carlos Atulim - Presidente

Domingos de Sá Filho - Relator

EDITADO EM 12/01/2010

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente), Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário em decorrência do v. Acórdão que manteve parcialmente o Auto de Infração, referente à constituição do crédito tributário relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente ao período de apuração de 01/12/1999 a 31/12/1999.

Extraí-se da descrição dos fatos e do enquadramento legal, que o crédito tributário constituído é proveniente de diferença apurada entre os valores escriturados e os declarados, conforme relatado pela fiscalização. Em síntese a empresa teria deixado de incluir na base de cálculo outras receitas tributáveis para apurar o valor da contribuição.

A Recorrente apresentou impugnação demonstrando o descabimento do auto de infração por ter sido ele lavrado para exigir diferença de contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS sobre valores escriturados como outras receitas operacionais (recuperação de despesas – salário-educação), cuja exigibilidade encontrava suspensão, por força de sentença favorável proferida na Ação Ordinária nº 99.009117-5.

Em 12 de abril de 1999, a Recorrente obteve antecipação de tutela suspendendo a exigibilidade do PIS e da COFINS, devidas na forma da Lei 9.718/98. Restou assegurado o direito de continuar a recolher as referidas contribuições calculadas na forma da Lei Complementar nº 70/91, inclusive em relação aos fatos geradores que viessem a ocorrer a partir de fevereiro de 1999, cuja sentença foi publicada em 16.05.2002, a onde se confirmou à tutela antecipada.

Sustenta também a possibilidade de discussão, na via administrativa, de matéria não tratada na via judicial. Alega que o questionamento levado ao Poder Judiciário se refere à ampliação da base de cálculo da COFINS promovida pela Lei 9.718/98, por ter sido essa Lei promulgada quando ainda a Constituição Federal de 1988, art. 195, I, circunscrevia a instituição de contribuições sociais sobre o faturamento.

Em síntese demonstra seu inconformismo em relação à exigência de multa de ofício, exigência da contribuição sobre valores que não configura faturamento.

O julgador singular reconheceu a concomitância da matéria submetida ao Poder judiciário e a esfera administrativa, afastou alegação da desnecessidade de constituição do crédito tributário em decorrência da medida judicial, bem como, aplicação do disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72. Decidiu, ainda, que recuperações de tributos integram a base de cálculo da COFINS.

Afastou à incidência de multa de ofício por tratar-se de crédito tributário com exigibilidade suspensa, assim como, exonerou os valores de contribuição lançados em período distinto à ocorrência dos seus respectivos fatos geradores.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Domingos de Sá Filho, Relator

Trata-se de recurso tempestivo e atende os pressupostos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

A empresa recorrente ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, pleiteando o direito de continuar a recolher a contribuição da COFINS calculada na forma da Lei Complementar nº 70/91, incluindo os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 1999.

Em 12 de abril de 1999, a Recorrente obteve antecipação de tutela suspendendo a exigibilidade do PIS e da COFINS, devidas na forma da Lei 9.718/98, posteriormente confirmada em sentença, publicada em 16.05.2002.

A medida judicial e o provimento obtido ocorreram antes da ação fiscal, com o objetivo de afastar da base de cálculo das referidas contribuições as receitas distintas da comercialização de mercadorias e de prestação de serviços.

Portanto, é imprescindível examinar se o fato da empresa tiver assegurado por meio judicial o direito de deixar de incluir na base de cálculo outras receitas estranhas ao faturamento, importa em renúncia da via administrativa.

A regra é à prevalência da decisão judicial em relação ao administrativo, mesmo quando se trata de matéria declarada inconstitucional pelo STF, caso submetido ao crivo do judiciário, essa submissão importar em renúncia da via administrativa.

Confesso que em relação concomitância, bastava para mim, que a matéria submetida ao judiciário tratasse do mesmo tema, entretanto, passei a observar certa sutileza em relação há identidade de objeto entre os feitos administrativos e o processo judicial.

No caso deste caderno vislumbro dois temas distintos para examinar o mérito, um em relação à matéria e outro em relação à medida judicial obtida.

Em relação à matéria aludida na ação ordinária de nº 99.0009117-5, extraí-se do resumo contido na sentença:

"...propõem a presente ação ordinária em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando; a) ser declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora a Ré, em relação à Lei 9.718/98, em virtude da sua inconstitucionalidade; b) ser declarado o seu direito de recolher a contribuição da COFINS, à

alíquota de 2% sobre o faturamento, na forma da LC 70/91, e não com as alterações introduzidas pela Lei 9718/98, eis que eivada de inconstitucionalidade; c) ser declarado seu direito de recolher a contribuição ao PIS à alíquota de 0,65% sobre o faturamento, com base na Medida Provisória 1212/95, sucessivamente reeditada e convertida na Lei 9715/98; ...”

O objeto da ação ordinária é o afastamento da relação jurídico-tributária, consequentemente a declaração do direito de proceder ao cálculo da contribuição nos moldes da Lei Complementar 70/91.

Enquanto à matéria submetida é específica em relação à quantificação e identificação de outras receitas incluídas na base de cálculo para apurar a contribuição para a COFINS.

O outro ponto é em relação ao provimento judicial obtido, no primeiro momento em caráter de antecipação de tutela e posteriormente confirmado por meio da sentença prolatada e transitada em julgado.

A tutela deferida determinava expressamente a Ré, UNIÃO FEDERAL, que se absteresse de autuar e impor penalidade a Autora, assim sendo, ao meu sentir, a lavratura do auto configura desrespeito à decisão judicial, vejamos os termos em que foi deferida: “Presente os pressupostos legais do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”, defiro a tutela antecipada como requerida, para suspender a exigibilidade, das contribuições COFINS e PIS, devidas na forma da Lei nº 9.718/98, garantindo às Autoras o direito de recolher as referidas contribuições calculadas na forma da legislação anterior, inclusive com relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, determinando à Ré que se abstenha de autuar e impor penalidades às Autoras, como executá-las judicialmente, inscrevê-las no CADIM, negar-lhes a inscrição no CNPJ, ou negar-lhes Certidão Negativa de Débito, por força da presente decisão ou de compensação que venha a ser feita de créditos originários de pagamentos já efetivados na forma da Lei nº 9.718/99, até final decisão. Cite-se, comunicando-se a presente para cumprimento. Rio de Janeiro, 12 de abril de 1999.”

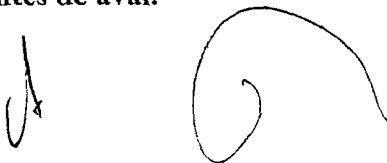
O que restou confirmado por meio da decisão definitiva que ratificou a medida concedida em sede de antecipação de tutela (fl.75).

Concluo pela inexistência de identidade absoluta da matéria submetida na ação judicial e a do processo administrativo, reconheço a necessidade de apreciação da matéria no seio deste Conselho.

Assim, afasto a presunção de renúncia em relação ao processo administrativo para apreciar se há inclusão de receitas distintas do faturamento no lançamento objeto do auto de infração. Com estas considerações passo a examinar o mérito.

A autuação deu-se sobre diferenças entre o montante recolhido e o efetivamente devido, originário da inclusão a título de outras receitas os itens contabilizados como sendo recuperação de despesas, outras receitas e receita de aval.

Consta dos autos que o total lançado na conta de recuperação de despesas é proveniente: **de recuperações de salário-educação pago indevidamente, contribuição patronal paga ao Instituto Nacional Seguro Social – INSS, restituição de Imposto sobre propriedade Territorial Urbana (IPTU), reembolso de despesas pagas pela Recorrente por conta e ordem de terceiros e receitas provenientes de aval.**



Provando o alegado, traz à colação os documentos de fls. 81 /150, ratificando o aduzido.

Da análise da natureza das contas acima descritas, considerando que o auto de infração não é claro em relação aos valores incluídos na base de cálculo, entendendo tratar-se de despesas e não receitas. Sendo assim, em hipótese alguma deve ser incluídas na base de cálculo da contribuição do PIS.

E os valores contabilizados na conta “Outras Receitas” refere-se a reembolsos de despesas recebidas pela Recorrente por conta e ordem de seus funcionários, vem a ser um ressarcimento, portanto, fora do campo de incidência das contribuições sociais.

A “Receitas de Aval” refere-se à cobrança a título de prestação de concessão de garantia, o que configura uma receita, mesmo assim não deve compor a base de cálculo, conforme restou assentado em decisão da Suprema Corte.

Conforme decisão transitada em julgado, o STF considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por ampliar o conceito de receita bruta para “toda e qualquer receita”, cujo conceito afronta a noção de faturamento.

Portanto, não vejo como caminhar na contra-mão do entendimento da mais alta Corte do Judiciário do país, reconhecendo que a receita bruta se restringe tão-só ao faturamento, assim compreendido à comercialização de produtos e a prestação de serviços.

Portanto, impõe o afastamento da condição de receitas dos valores contabilizados a título de recuperação de despesas (recuperações de salário-educação, contribuição patronal paga ao Instituto Nacional Seguro Social – INSS, restituição de Imposto sobre propriedade Territorial Urbana (IPTU) e reembolso de despesas pagas pela Recorrente por conta e ordem de terceiros) da base de cálculo.

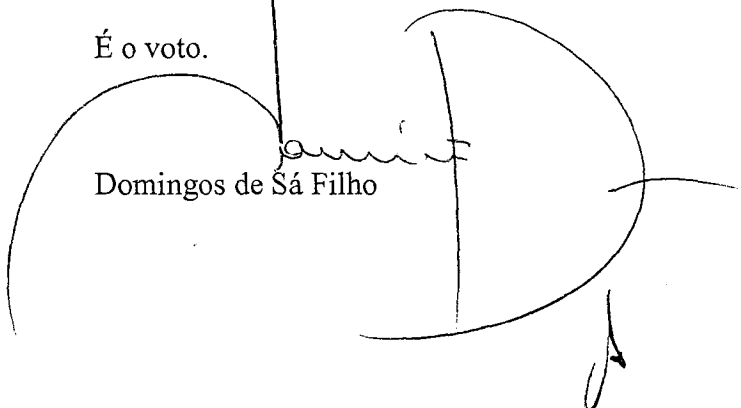
Portanto, devem ser excluídas da base de cálculo os valores contabilizados a título de recuperação.

O mesmo não ocorreu com o artigo 8º do mesmo diploma legal, que disciplinou o aumento de alíquota da contribuição, de 2% para 3%, considerado constitucional pelo STF.

Assim sendo, deve ser afastado da base de cálculo os valores das despesas acima mencionadas de faturamento incluídas com arrimo no § 1º do art. 3º, da Lei 9.718/98.

Diante do exposto, conheço do recurso e voto no sentido de dar provimento para excluir da base de cálculo as receitas contabilizadas a título de recuperação de despesas.

É o voto.


Domingos de Sá Filho