



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 19515.001837/2002-74
Recurso nº 238.866 Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-002.133 – 3ª Turma
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria Decadência - CTN - arts. 150, § 4º x 173, I x art. 45 Lei 8.212/91 e Alargamento da base de cálculo da Cofins
Recorrente HMED DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 30/04/2001

DECADÊNCIA PARA LANÇAR.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos, por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal Administrativo.

O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF é de 05 anos, contados do fato gerador na hipótese de existência de antecipação de pagamento do tributo devido ou do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, na ausência de antecipação de pagamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1997 a 30/04/2001

COFINS - Base de Cálculo - Alargamento - Aplicação de Decisão Inequívoca do STF - Possibilidade.

Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, até a vigência da Lei 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

Recurso Especial do Contribuinte Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso especial para declarar a decadência do crédito relativo aos fatos geradores ocorridos até novembro de 1997, inclusive, e determinar a exclusão, da base de cálculo da Cofins, das receitas oriundas de rendimentos de aplicação financeira, de juros ativos e de descontos obtidos.

Valmar Fonseca de Menezes - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Valmar Fonseca de Menezes.

Relatório

Por bem relatar os fatos, transcrevo o relatório do acórdão recorrido.

Trata-se de auto de infração lavrado contra a Recorrente em que se procedeu lançamento de ofício de valores devidos a título de Cofins.

De acordo com a fiscalização realizada, a Recorrente indevidamente excluiu da base de cálculo do tributo valores referentes ao ICMS e receitas que não compunham o faturamento.

Inconformada, a Recorrente apresentou impugnação, afirmando que parte dos créditos lançados encontram-se prescritos e que as exclusões da base de cálculo realizadas estão corretas, apontando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.718/98, que teria aumentado a base de cálculo da contribuição sem respeitar disposições da Constituição Federal para tanto.

A DRJ julgou improcedente a impugnação, mantendo o auto de infração em todos os seus termos.

Inconformada, interpõe recurso voluntário, em que basicamente repete os argumentos formulados na impugnação.

O Recurso é tempestivo, tendo sido encaminhado para este Conselho para julgamento.

Decidindo o feito, o Colegiado recorrido negou provimento ao recurso voluntário, em acórdão assim ementado:

SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1997 a 30/04/2001 .

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. MANIFESTAÇÃO SOBRE OS PONTOS DE DEFESA APRESENTADOS NA IMPUGNAÇÃO.

A decisão da impugnação deve apreciar todos os pontos de defesa apresentados pela impugnante. Não há necessidade da decisão se referir a todos os dispositivos e normas legais levantados pela, Impugnante, bastando o pronunciamento acerca das matérias de defesa levantadas, resolvendo-as de acordo com normas cabíveis ao caso.

NORMAS REGIMENTAIS. AFASTAMENTO DE NORMA REGULARMENTE EDITADA E EM VIGOR. IMPOSSIBILIDADE.

Na forma definida no art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes aprovada pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, é vedado aos Conselheiros integrantes do Conselho de Contribuintes deixar de aplicar norma legal regularmente editada e em vigor sob alegação de inconstitucionalidade.

COFINS. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para constituição de créditos tributários da Cofins é de dez anos, consoante definido pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, que os integrantes do Conselho de Contribuintes não podem deixar de aplicar sob alegação de inconstitucionalidade.

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA.

A jurisprudência do conselho de contribuinte é majoritária no sentido de permitir a inclusão do valor de ICMS na base de cálculo da Cofins.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. TOTALIDADE DAS RECEITAS. A base de cálculo da Cofins é a totalidade das receitas obtidas pela pessoa jurídica na forma definida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que os integrantes do Conselho de Contribuintes não podem deixar de aplicar sob alegação de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Negado

Inconformada, a autuada apresentou recurso especial onde requer a reforma do acórdão recorrido no sentido que seja reconhecida a decadência, com aplicação ao caso do art. 150, § 4º, do CTN, e, também, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, bem como a invalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS, trazido pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

Por meio do despacho de fls. 416/417, o especial do sujeito passivo foi admitido, apenas no tocante às questões da decadência e do alargamento da base de cálculo da

contribuição. Preditado despacho foi confirmado pelo então Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a teor do reexame de fl. 418.

Contrarrazões vieram às fls. 421 a 434.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso é tempestivo, e, na parte admitida pelo Presidente da câmara recorrida, atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

A teor do relatado, duas foram as matérias que lograram admissibilidade do especial apresentado pelo sujeito passivo: decadência e alargamento da base de cálculo da contribuição.

Analisando os autos, verifica-se que houve antecipação de pagamento de parte da contribuição devida, conforme planilha de fls. 19 a 24.

Feito esse esclarecimento, passemos, de imediato, ao enfrentamento da questão relativa à decadência.

Com a alteração regimental, que acrescentou o art. 62-A ao Regimento Interno do CARF, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos devem ser observados no Julgamento deste Tribunal Administrativo. Assim, se a matéria foi julgada pelo STJ, em sede de recurso repetitivo, a decisão de lá deve ser adotada aqui, independentemente de convicções pessoais dos julgadores.

Essa é justamente a hipótese dos autos, em que o STJ, em sede de recurso repetitivo versando sobre matéria idêntica à do recurso ora sob exame, decidiu que, nos tributos cujo lançamento é por homologação, o prazo para restituição de indébito é de 5 anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento, e do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento.

No caso dos autos, houve antecipação do pagamento da contribuição, fato que desloca o termo inicial da decadência do primeiro dia do exercício seguinte Àquele que o lançamento já poderia ter sido efetuado para a data de ocorrência do fato gerador. Examinando os autos, verifica-se que os períodos auditados referem-se a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 1997 a abril de 2001, e que o lançamento foi efetuado em 16 de dezembro de 2012. Consequentemente, nessa data, encontravam-se alcançados pela decadência os créditos referentes a fatos geradores ocorridos até novembro de 1997. Os referentes a dezembro desse ano não caducaram em razão de que o fato gerador da contribuição é o faturamento mensal, e considera-se ocorrido no último dia do respectivo mês calendário.

Na parte remanescente, deve ser esclarecido que a acusação fiscal versou sobre diferença entre as receitas escrituradas e as declaradas, não especificou no Termo de Verificação Fiscal ou na Descrição dos Fatos do Auto de Infração, quais seriam essas receitas.

Todavia, a planilha anexada aos autos, fls. 122 e 123, discrimina as receitas que compuseram a base de cálculo levantada pela Fiscalização.

O Acórdão recorrido caminhou no sentido de que se incluía no campo de incidência dessa contribuição, à época dos fatos, toda e qualquer receita, por força do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998. O recurso do sujeito passivo defende a exclusão das receitas que não se enquadrassem como faturamento. Assim, nesta parte do recurso, o limite da lide restringe-se ao alargamento da base de cálculo dessa contribuição, trazido pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se de imediato, ao exame da questão de mérito.

Até o advento da Lei 9.718/1998, a base de cálculo dessa contribuição era a receita bruta decorrente da venda de bens, de serviços ou de bens e serviços (conceito de faturamento). Todavia, o § 1º do art. 3º dessa Lei alterou o campo de incidência do PIS/Pasep e da Cofins, alargando-o, de modo a alcançar toda e qualquer receita auferida pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida e da classificação contábil das receitas. Desta forma, sob a égide desse dispositivo legal, dúvida não havia de que as receitas financeiras e quaisquer outras comporiam a base de cálculo dessa contribuição. Correto, portanto, o lançamento fiscal. Acontece porém, que o STF, em controle difuso, julgou inconstitucional esse dispositivo legal. Cabe então verificar os efeitos dessa decisão pretoriana sobre a tributação ora em exame.

Entende-se que o controle concreto de constitucionalidade tem efeito interpartes, não beneficiando nem prejudicando terceiros alheios à lide. Para que produza efeitos *erga omnis*, é preciso que o Senado Federal edite resolução suspendendo a execução do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF. Não desconheço que o Ministro Gilmar Mendes, há muito vem defendendo a desnecessidade do ato senatorial para dar efeitos gerais às decisões da Corte Maior, mas essa posição ainda não foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora alguns passos importantes já foram dados, como é o caso da súmula vinculante. De qualquer sorte, a resolução senatorial ainda se faz necessária, para estender o alcance de decisões interpartes a terceiros alheios à demanda.

De outro lado, o regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais trouxe a possibilidade de se estender as decisões do STF, em controle difuso, aos julgados administrativos, conforme preceitua a Portaria nº 256/2009, Anexo II, art. 69. Este dispositivo reproduz a mesma redação prevista no regimento anterior (art. 49, na redação dada pela Portaria nº 147/2007): ***É vedado afastar a aplicação de lei, exceto ... “I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.”***

Note-se que tal dispositivo cria uma exceção à regra que veda este Colegiado afastar a aplicação de dispositivo legal, mas exige que a inconstitucionalidade desse dispositivo já tenha sido declarada por decisão definitiva do plenário do STF. Não basta qualquer decisão da Corte Maior, tem de ser de seu plenário, e, deve-se entender como definitiva a decisão que

¹ Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º 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.

passa a nortear a jurisprudência desse tribunal nessa matéria. Em outras palavras, decisão definitiva, na acepção do art. 69 do RICARF é aquela reiterada, assentada na Corte.

O caso dos autos, a meu sentir, amolda-se, perfeitamente, à norma inserta no artigo 69 suso transcrito, posto que a questão da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 encontra-se apascentada no Supremo Tribunal Federal, inclusive, fez parte de minuta de súmula vinculante, que não foi adiante por causa de outra decisão desse Tribunal, referindo-se à base de cálculo das contribuições devidas pelas seguradoras. Neste caso, houve certa confusão sobre o conceito de faturamento e de receita, o que levou o STF a não sumular a matéria sobre o alargamento da base de cálculo das contribuições, mas, de qualquer sorte, continua valendo a decisão no tocante à base de cálculo das contribuições incidentes sobre sociedades não financeiras ou seguradoras.

Em outro giro, tem-se notícia de que a própria PGFN já emitiu parecer no sentido de autorizar seus procuradores a não mais recorrerem das decisões judiciais que reconheçam a inconstitucionalidade do denominado alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, fato esse que corrobora o entendimento de se aplicar ao caso em exame a decisão plenária do SRF sobre o indigitado alargamento da base de cálculo da Cofins.

A jurisprudência do CARF caminha no sentido de estender a decisão do STF sobre o alargamento da base de cálculo das contribuições aos julgamentos administrativos.

Aplicando-se, pois ao caso ora em exame, a decisão do STF que julgou inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, até a vigência da Lei 10.833/2003, a base de cálculo da Cofins voltou a ser a receita bruta correspondente a faturamento, assim entendido como o produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica.

Aplicando-se, pois ao caso ora em exame, a decisão do STF que julgou inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, até a vigência da Lei 10.833/2003, a base de cálculo da Cofins voltou a ser a receita bruta correspondente a faturamento assim entendido como o produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica.

Todavia, a partir de 1º de fevereiro de 2004, por força do disposto no inciso I, do art. 93 da Lei 10.833/2003, passou a vigor os artigos 1º a 15º e 25 dessa lei, sendo que, justamente, o artigo primeiro desse diploma legal restabelece a base alargada da Cofins, nos termos seguintes:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

De todo o exposto, pode-se concluir que, anteriormente a 1º de fevereiro de 2004, data de vigência dos arts. 1º a 15 e 25 da Lei nº 10.833/2003, a base de cálculo da Cofins era o faturamento, assim entendido a receita bruta correspondente ao produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica. Neste período as receitas oriundas **de rendimentos de aplicações financeiras, de juros ativos e de descontos obtidos** não integravam a base de cálculo da contribuição. A partir dessa data, por força do art. 1º desse diploma legal, as sociedades empresárias sujeitas à incidência não-cumulativa da Cofins estavam sujeitas ao pagamento da contribuição em comento sobre o total das receitas auferidas (receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica), independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Aí incluídas as receitas acima aludidas. Todavia, como caso dos autos o lançamento refere-se a períodos de apuração anteriores a fevereiro de 2004, sobre tais receitas não incidia Cofins.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso especial apresentado pelo sujeito passivo para declarar a decadência do crédito relativo aos fatos geradores ocorridos até novembro de 1997, inclusive, e determinar a exclusão, da base de cálculo da COFINS, das receitas oriundas **de rendimentos de aplicações financeiras, de juros ativos e de descontos obtidos..**

Henrique Pinheiro Torres