



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

Processo nº 19515.003000/2005-11
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3301-000.696 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 23 de julho de 2018
Assunto ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS - ART. 3º, §1º DA LEI Nº 9.718/98
Recorrente J MALUCELLI CONSTRUTORA DE OBRAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Semíramis de Oliveira Duro (Relatora) e Salvador Cândido Brandão Junior, que votaram para anular o auto de infração. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Liziane Angelotti Meira.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

(assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Redatora

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Winderley Moraes Pereira (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

De acordo com os Termos de Verificação Fiscal (fls. 06/10 e 99/102), a autoridade constatou irregularidades relativas à existência de valores não oferecidos à tributação, no período de janeiro a julho de 2003, de setembro a dezembro de 2003, de março de 2004 e de maio e junho de 2004 para a COFINS, e, no período de março de 2004 e de maio a julho de 2004, para o PIS.

Em razão da falta apurada, foram lavrados em 27/10/2005 e cientificados ao sujeito passivo em 31/10/2005, os seguintes autos de infração:

- COFINS (fls. 15/17): Crédito tributário no valor total de R\$ 562.435,96, incluídos tributo, multa e juros de mora, com enquadramento legal descrito às fls. 17.
- PIS (fls. 105/106): Crédito tributário no valor total de R\$ 48.984,49, incluídos tributo, multa e juros de mora, com enquadramento legal descrito às fls. 106.

Em impugnação, a empresa aduz:

I. Para apuração das bases de cálculo, a fiscalização tomou como referência planilhas fornecidas pela própria empresa, mas desconsiderou a exclusão de determinadas receitas do campo de incidência dos tributos em questão (COFINS e PIS) que, por incidir sobre o faturamento, devem estar restritas à receita bruta.

II. A única divergência entre os procedimentos da Impugnante e da fiscalização restringe-se à apuração das bases de cálculo desses tributos (COFINS e PIS), uma vez que o alargamento destas bases, decorrente da Lei nº 9.718/1998, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003, é ilegal para a COFINS e o PIS, e também inconstitucional quanto à COFINS, já que infringe o art. 110 do CTN (COFINS e PIS) e também o art. 195, I da CF/88 (COFINS), pois, o conceito de faturamento não se confunde com a totalidade das receitas auferidas pela empresa, bem como o conceito de receita bruta não se confunde com a totalidade das receitas, de acordo também com o disposto nos art. 186, 224 e 279 do Regulamento do Imposto de Renda.

III. Não deve incidir multa moratória ou punitiva, pois não houve erro na conduta da empresa.

IV. Não deve também incidir os juros de mora.

V. A multa de 75% tem caráter de multa confiscatória.

A 6ª Turma da DRJ/SPOI, no acórdão nº 16-20.383, negou provimento à impugnação, com decisão assim ementada:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Ano-calendário: 2003, 2004

BASE DE CÁLCULO.

A partir da vigência da Lei nº 9.718 de 27/11/1998, a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DECISOES DO STJ E STF.

As Leis nº 9.718/1998 e nº 10.833/2003 constituem normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, têm presunção de legitimidade e vigem enquanto não forem afastadas do sistema jurídico brasileiro; decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal Federal - STF acerca do alargamento da base de cálculo da COFINS, proferidas incidentalmente, beneficiam apenas as partes das respectivas ações.

MULTA DE OFÍCIO. CAPITULAÇÃO LEGAL. CONFISCO. INEXISTÊNCIA.

Estando a multa aplicada prevista em lei, não há o que cogitar, em âmbito administrativo, a respeito de confisco.

JUROS DE MORA. CABIMENTO.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora nos termos da lei.

MULTA E JUROS.

Em caso de lançamento de ofício, a autuada fica sujeita ao pagamento de juros de mora e multa de ofício sobre os valores dos tributos devidos, nos percentuais definidos na legislação de regência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

(...)

Em recurso voluntário, a empresa repisa os argumentos de sua impugnação. Não junta novos documentos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora

O recurso voluntário reúne os pressupostos legais de interposição, dele, portanto, tomo conhecimento.

Os Termos de Verificação Fiscal que acompanharam os autos de infração são vagos e incompletos. Transcreve-se os tópicos denominados “DOS FATOS” e “DA BASE DE CÁLCULO” do TVF de COFINS (o do PIS é idêntica a estrutura):

• *FALTA/ INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS ANOS CALENDÁRIOS DE 2.003 e 2.004.*

O exame dos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e a confrontação das informações colhidas, relativamente à receita bruta, no período acima mencionado e, aqueles que serviram de base de cálculo à contribuição a COFINS, constantes no Sistema Eletrônico de Informações da Secretaria da Receita Federal - SIEF/DCTF, revelaram a existência de valores não oferecidos à tributação e/ou falta/insuficiência de recolhimento da contribuição a COFINS.

Assim, os valores apurados por esta fiscalização, relativamente a falta/insuficiência de recolhimento da contribuição a COFINS, decorrente de receitas da atividade não computadas da base de cálculo da referida contribuição, apresentados no quadro abaixo, constituem base de cálculo da COFINS, passíveis de exigência do crédito tributário decorrente, através de Auto de Infração.

	REC MÊS	ADIÇÃO	EXCL	BASE	DEVIDO
JAN/2003	4.667.037,91	-	3.330.977,82	1.336.060,09	40.081,80
FEV/2003	9.420.666,64	-	346.498,17	9.074.168,47	272.225,05
MAR/2003	5.918.483,15	-	2.638.445,46	3.280.037,69	98.401,13
ABR/2003	8.399.954,63	-	4.354.755,02	4.045.199,61	121.355,99
MAIO/2003	6.200.890,32	-	519.304,75	5.681.585,57	170.447,57
JUN/2003	7.332.353,28	-	4.972.279,42	2.360.073,86	70.802,22
JULHO/2003	7.771.154,40	-	2.498.232,59	5.272.921,81	158.187,65
XXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXX	XXXXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX
SET/2003	6.849.360,37	-	3.002.058,83	3.847.301,54	115.419,05
OUT/2003	4.814.154,38	-	2.262.627,34	2.551.527,04	76.545,81
NOV/2003	7.122.330,78	-	3.421.697,91	3.700.632,87	111.018,99
DEZ/2003	35.004.303,23	-	32.425.264,09	2.579.039,14	77.371,17
	109.914.691,90	-	61.584.103,62	48.330.588,28	1.449.917,65

Processo nº 19515.003000/2005-11
Resolução nº **3301-000.696**

S3-C3T1
Fl. 215

	CREDITO	DEVIDO	PAGTO	ORG PUBL FED	COMPEN S	EM DCTF
JAN/2003	-	40.081,80	22.881,38	-	-	22.881,38
FEV/2003	-	272.225,05	250.160,22	-	-	250.160,22
MAR/2003	-	98.401,13	67.646,29	-	-	67.646,29
ABR/2003	-	121.355,99	108.049,94	-	-	108.049,94
MAIO/2003	-	170.447,57	155.340,22	1.240,09	-	155.340,22
JUN/2003	-	70.802,22	52.467,03	4.184,77	-	38.953,45
JULHO/2003	-	158.187,65	107.822,66	-	-	92.068,97
XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX
SET/2003	-	115.419,05	110.224,07	-	-	94.820,43
OUT/2003	-	76.545,81	34.031,72	-	31.873,46	65.905,18
NOV/2003	-	111.018,99	106.168,87	-	4.730,03	110.898,90
DEZ/2003	-	77.371,17	11.907,87	-	64.344,00	76.251,87
	-	1.449.917,65	1.142.940,82	88.406,08	100.947,49	1.178.414,01

A EXIGIR
17.200,42
22.064,83
30.754,84
13.306,05
13.867,26
14.150,42
50.364,99
0
5.194,98
10.640,63
120,09
1.119,30
178.783,81

MÊS	REC MÊS	ADIÇÃO	EXCL	BASE	DEVIDO
XXXX	XXXXXXXXXX	XXXXX	XXXXXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX
XXXX	XXXXXXXXXX	XXXXX	XXXXXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX
MAR/04	36.214.857,03	-	22.345.026,66	13.869.830,37	716.571,68
XXXX	XXXXXXXXXXXXX	XXXXX	XXXXXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX
MAI/04	2.216.848,77	-	2.055,18	2.214.793,59	91.328,42
JUN/04	3.562.179,75	-	722.283,98	2.839.895,77	113.579,36

Processo nº 19515.003000/2005-11
Resolução nº **3301-000.696**

S3-C3T1
Fl. 216

MÊS	DEVIDO	CREDITO	DEVIDO	PAGTO	ORG PUBL FED	COMPENS	EM DCTF
XXXX	XXXXXXXX	XXXXXX	XXXXXX	XXXXXX	-	-	XXXXXX
XXXX	XXXXXXXX	XXXXXX	XXXXXX	XXXXXX	-	-	XXXXXX
MAR/04	716.571,68	496.439,88	220.131,80	219.720,64	-	-	219.669,24
XXXX	XXXXXXXX	XXXXXX	XXXXXX	XXXXXX	XXXXXXXX	-	XXXXXX
MAI/04	91.328,42	-	91.328,42	26.910,00	-	-	26.910,00
JUN/04	113.579,36	-	113.579,36	63.084,89	22.970,43	-	63.084,89

A EXIGIR
XXXXXXXXXX
XXXXXXXXXX
411,16
XXXXXXXXXX
64.418,42
27.524,04

DA BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo, constitui-se dos valores informados nos quadros acima.

Diante do exposto, por infração à Lei Complementar nº 70/91 e, ao disposto na Lei nº 9.718/98 e, Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, será constituído o crédito tributário da COFINS, relativo aos montantes devidos, apurados nos meses acima mencionados, com lançamento de ofício através de Auto de Infração, conforme disposto no art. 841, do Regulamento de Imposto de renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, de 26/03/99.

A presente ação fiscal, realizada através do exame, por processo de amostragem, das informações apresentadas e as constantes da documentação fiscal do contribuinte acima qualificado, restringiu-se à apuração de falta/insuficiência de recolhimento da COFINS - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, referente aos meses acima mencionados.

A fiscalização apontou que houve insuficiência de recolhimento de PIS e COFINS, verificada a partir da documentação fiscal do contribuinte, porquanto houve receitas da atividade não computadas da base de cálculo das referidas contribuições, conforme os quadros que constam acima transcritos.

Sustentou a autoridade que a base de cálculo é o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

É sabido que, posteriormente, foi declarada a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, para considerar como faturamento, apenas as receitas oriundas do exercício das atividades empresarias operacionais.

Dessa forma, o alcance do termo faturamento abarcando a atividade empresarial típica restou assente no RE 585.235/MG, no qual se reconheceu a repercussão geral do tema concernente ao alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, e reafirmou-se a jurisprudência consolidada pelo STF nos *leading cases* RE 357.950, RE 390.840, RE 358.273 e RE 346.084.

Afirmou a autoridade fiscal que o exame dos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e a confrontação das informações colhidas, relativamente à receita bruta, no período investigado e, aqueles que serviram de base de cálculo das contribuições, constantes no Sistema Eletrônico de Informações da Secretaria da Receita Federal - SIEF/DCTF, revelaram a existência de valores não oferecidos à tributação.

Todavia, não consta nos autos a juntada dos livros e documentos fiscais a que se referiu a fiscalização, tampouco consta nos autos a DCTF.

Observo que a autoridade fiscal não anexou aos autos memória de cálculo, planilhas, etc. que informe ou permita que se verifique como foram calculados os valores relacionados na tabela constante do Termo de Verificação Fiscal e nem quaisquer outras informações que permitam aferir quais receitas anteriormente não haviam sido ofertadas à tributação pela Recorrente.

Em sua impugnação, o contribuinte anexa trecho de seu balancete de verificação, balanço patrimonial e planilhas, demonstrado que há receitas outras que foram incluídas pela fiscalização, mas que não comporiam o seu faturamento.

Assim, indaga-se: quais receitas foram excluídas indevidamente da base de cálculo pela empresa? As receitas financeiras? As receitas não operacionais? As receitas de vendas e serviços? As receitas de construção pesada? As receitas de consórcio? As receitas diversas? As receitas de obras públicas? As receitas de obras particulares?

Sem essas informações, não há como analisar as alegações da empresa, ou seja, investigar quais receitas foram tributadas, mas que não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS, em virtude da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo reconhecida pelo STF.

Dessa forma, entendo estarem os autos de infração eivados de nulidade, nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/1976.

Para certificar quais receitas foram excluídas indevidamente, seria necessário requerer diligência fiscal que, nestas circunstâncias, equivaleria a uma nova ação fiscal, visto que a autoridade preparadora teria que re-efetuar as apurações e juntar documentos e memórias de cálculo que não fez no momento oportuno.

Portanto, considerando que a análise dos Termo de Verificação Fiscal, dos autos de infração e do que mais consta nos autos não permite concluir quais receitas foram excluídas indevidamente da base de cálculo das contribuições, verifica-se a preterição do direito ao contraditório e à ampla defesa e a subsunção do fato à hipótese de nulidade estabelecida no art. 59, II, do Decreto nº 70.235/1972.

Os valores dos autos de infração devem estar acompanhados de demonstrativos analíticos da composição dos valores em cobrança, que justifiquem o total de imposto devido e não recolhido, bem como a documentação contábil e fiscal que dê suporte a essa composição.

Por isso, na ausência de demonstração dos elementos que compuseram a base de cálculo está maculado o direito de defesa da Recorrente, motivo pelo qual o lançamento deve ser cancelado.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar o auto de infração.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Voto Vencedor

Conselheira Liziane Angelotti Meira, Redatora

A despeito do voto da Relatora, esta 1ª Turma de Julgamento entendeu pela validade do auto de infração, em virtude de ter sido lavrado com os dados fornecidos pelo próprio contribuinte. Repise-se a informação do Termos de Verificação Fiscal:

O exame dos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e a confrontação das informações colhidas, relativamente à receita bruta, no período acima mencionado e, aqueles que serviram de base de cálculo à contribuição a COFINS, constantes no Sistema Eletrônico de Informações da Secretaria da Receita Federal - SIEF/DCTF, revelaram a existência de valores não oferecidos à tributação e/ou falta/insuficiência de recolhimento da contribuição a COFINS.

A própria Recorrente, em suas defesas, aduziu que, para apuração das bases de cálculo das contribuições, a fiscalização tomou como referência planilhas fornecidas pela própria empresa.

Ademais, não se verifica a afronta ao disposto nos art. 142 do CTN e art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72.

Logo, afastada a nulidade proposta pela Relatora, resta como controvertida a questão concernente à composição da base de cálculo do PIS e da COFINS, em virtude do alargamento prescrito pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98.

É certo que resta pacificado no STF o entendimento sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98.

Dessa forma, considera-se receita bruta ou faturamento o que decorre da venda de mercadorias, da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. É o resultado econômico das operações empresariais típicas, que constitui a base de cálculo do PIS e da COFINS.

O alcance do termo faturamento abarcando a atividade empresarial típica restou assente no RE nº 585.235/MG, no qual se reconheceu a repercussão geral do tema concernente ao alargamento da base de cálculo do PIS prevista no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98:

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 nº 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.

Em decorrência, apenas o faturamento decorrente da prestação de serviços e da venda de mercadorias (não se podendo incluir outras receitas) pode ser tributado pelas contribuições.

Diante disso, entendo necessária investigação pela autoridade fiscal, com vistas à confirmação da tributação indevida pelo PIS e pela COFINS das outras receitas (as não operacionais e, inclusive, as financeiras).

Por conseguinte, voto pela conversão do julgamento em diligência para que seja solicitado à unidade de origem que:

- a) Examine a documentação contábil e fiscal da Recorrente;
- b) Verifique, com base nessa documentação, se houve a indevida inclusão das receitas não operacionais e receitas financeiras, na base de cálculo do PIS e da COFINS, em decorrência da aplicação do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98;
- c) Elabore relatório conclusivo sobre a composição da base de cálculo do auto de infração, segregando as receitas operacionais, as receitas não operacionais e as receitas financeiras;
- d) Caso entenda necessário, intime o sujeito passivo para prestar outros esclarecimentos;
- e) Cientifique a interessada do resultado da diligência, concedendo-lhe prazo de 30 dias para manifestação;

Por fim, retorne o processo ao CARF para julgamento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Redatora