



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

Processo n° 19515.008562/2008-95
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-001.643 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de fevereiro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente SP TELECOMUNICAÇÕES PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS.

Períodos de apuração: 12/2003 e 01/2004

PIS E COFINS. ART. 3º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 62, §1º, I, do RI-CARF.

Para os contribuintes sujeitos a Lei nº 9.718/98, a base de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS é o faturamento e, em virtude da inconstitucionalidade do seu art. 3º, §1º, declarada em decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal - STF, devem ser excluídas da base de cálculo das contribuições as receitas que não decorrerem da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. Aplicação do art. 62-A do RI-CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, da provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Nayra Bastos Manatta - Presidente

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gilson Macedo Rosenburg Filho, Silvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

CÓPIA

Relatório

Versam os autos de Auto de Infração, que constituiu um crédito tributário no valor de R\$ 16.674.937,72 (dezesesseis milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, novecentos e trinta e sete reais e setenta e dois centavos) referente à Cofins, contemplando a contribuição, multa de ofício e juros de mora.

A fiscalização constatou, ao final do procedimento fiscal, falta de recolhimento de Cofins, referente aos anos calendário de 2003 e 2004, razão pela qual foi lavrado o Termo de Verificação Fiscal de fls. 169 a 171, o qual acompanhou o Auto de Infração de fls. 174 a 177, de 22/12/2008.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento em 24/12/2008, o sujeito passivo apresentou Impugnação, tempestivamente, em 23/01/2009, alegando, em síntese:

- a) Que a Cofins que deixou de ser recolhida incidiria sobre suas receitas financeiras, base de cálculo que é repudiada pelo STF;
- b) Que o vocábulo faturamento não corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme o art. 195, I, “b” da Constituição Federal;
- c) Que a lei 9.718/98 violou o disposto no art. 110 do CTN e não houve convalidação posterior pela edição da EC 20/98. Ressalta que não pretende pleitear a inconstitucionalidade da referida lei, somente busca a correta interpretação desta norma;
- d) Que em confronto com o art. 150, IV, da Constituição Federal, a penalidade aplicada se mostra abusiva e de caráter confiscatório, além de a taxa Selic não ter sido criada por lei para fins tributários, devendo, portanto, ser afastada e, ainda, os juros Selic não devem incidir sobre multa de ofício, pois não teria natureza tributária.

Ao fim, a impugnante requereu que fosse cancelada a exigência fiscal.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise e atenção aos pontos suscitados pela interessada na impugnação apresentada, a Sexta Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I/SP, proferiu o Acórdão de nº. 16-21.746, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004

COFINS. BASE DE CÁLCULO. Com o advento da Lei nº 9.718/98 a base de cálculo da COFINS passou a ser a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO. A falta de recolhimento do tributo devido enseja a aplicação da penalidade calculada à alíquota de 75% sobre a contribuição que deixou de ser recolhida.

JUROS DE MORA. De acordo com a legislação de regência os juros de mora são devidos com base na taxa Selic.

Lançamento Procedente”

A DRJ iniciou seu voto ressaltando que, tendo em vista a falta de recolhimento do tributo, entende por correto o lançamento do crédito tributário.

Aduz que a Cofins foi instituída pela Lei Complementar 70/91 e é exigida à alíquota de 2% incidente sobre o faturamento mensal, considerando receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Aduziu que com o advento da Lei 9.718/98, a base de cálculo deste tributo passou a ser a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica e, assim, não há como dar interpretação diversa, sendo a letra da lei tão clara.

Afirmou, no que tange ao argumento da interessada que sustenta não pretender discutir a constitucionalidade da lei 9.718/98, que na prática, é o que ocorre. Afirmou que o entendimento extraído do §1º, do art. 3º, desta Lei é claro ao determinar que a Cofins incida sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica e a DRJ alega que dar entendimento diverso não seria possível, pois ela exerce função plenamente vinculada, restando claro que o julgador administrativo deve pautar sua análise nos atos normativos que regulam a matéria analisada em vigor na data da ocorrência do fato gerador.

Quanto a arguição de que a multa aplicada seria “abusiva, extorsiva, expropriatória ou confiscatória”, ressalta que esse pensamento não deve prosperar, pois segundo o art. 44, I, da Lei 9.430/96, quando houver falta de recolhimento de tributo devido, nos casos de lançamento de ofício, a multa será de 75%, e, por não competir ao órgão a análise de questões que versem sobre a constitucionalidade ou legalidade de texto normativo, entende por correta a aplicação da penalidade.

No tocante a exigência dos juros de mora, a DRJ valeu-se da faculdade proporcionada pelo art. 161 do CTN e, por intermédio do art. 13 da Lei 9.065/95, determinou que os juros de mora seriam equivalentes à taxa Selic, e no mesmo sentido cita, ainda, o parágrafo 3º do art. 61, da Lei 9.430/96. Concluiu alegando que a única exigência para a fixação de juros de mora distinto do percentual de 1% ao mês é a expressa previsão legal, requisito preenchido pela Lei nº 9.065/95 (art. 13) e pela Lei 9.430/96 (art. 61), entendendo que devem ser mantidos os juros moratórios equivalentes a taxa Selic.

Acerca da alegação, por parte da impugnante, de ser indevida a incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício, inicia citando os artigos 113 e 139 do Código Tributário Nacional, que determinam que a multa de ofício faz parte do crédito tributário, e, portanto, as multas de ofício proporcionais, lançadas em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, são débitos decorrentes de tributos e contribuições, e, portanto, devem sofrer a incidência da Selic. Colacionou à decisão o Parecer MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG n.º 28, de 02 de abril de 1998, que aplica o entendimento supracitado.

Ao fim, votou no sentido de considerar procedente o lançamento, apresentando demonstrativo do crédito tributário exigido e mantido (fl. 305).

DO RECURSO

Ciente em 03/08/2009 do Acórdão n.º 16-21.746, e não se conformando com a manutenção das exigências a ele impostas, o contribuinte apresentou em 13/08/2009 Recurso Voluntário a este Conselho, buscando cancelar integralmente a exigência fiscal em discussão, consoante os motivos de fato e de direito que ensejam a nulidade do Auto de Infração lavrado e a improcedência da exigência fiscal nele contida.

Inicia informando que segundo o Auto de Infração lavrado e, ainda, nos termos da decisão de primeira instância, deveria ter incluído na base de cálculo da Cofins anos-calendário 2003 e 2004 as receitas financeiras, uma vez que tais proventos seriam considerados parte integrante do faturamento auferido pela Recorrente naquele período. Aduz, porém, que tais receitas não podem ser consideradas como faturamento bruto.

Após fazer um “breve histórico legislativo – a Lei 9.718/98”, a recorrente passou a argumentar acerca do alargamento da base de cálculo da Cofins pela referida lei, apontando que o Pleno do STF afastou a aplicação do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 e, ainda, reconheceu expressamente a posterior EC 20/98, que altera o art. 195 para incluir o termo receita e não teve (nem teria) o condão de regularizar norma nascida inconstitucional.

Alega que os julgadores de primeira instância afirmaram que não gozariam de competência para apreciar as normas legais e declarar-lhes a nulidade ou aplicabilidade, estando essa apreciação circunscrita ao Poder Judiciário.

Destaca o parágrafo único, do art. 4º. do Decreto n.º 2.346/97, que determina que os órgãos julgadores (singulares ou coletivos), da Administração Fazendária, devem afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo STF, não estando, portanto, restrito apenas à apreciação de eventuais nulidades formais decorrentes do processo administrativo fiscal. A recorrente colacionou decisões proferidas pelo CARF que reconhecem a possibilidade dos tribunais administrativos afastarem normas consideradas inconstitucionais pelo STF e que tratam exatamente do mesmo caso deste em análise.

Ao fim, diante da conclusão pela impossibilidade de tributação pela Cofins de quaisquer receitas financeiras verificadas no período de vigência da Lei 9.718/98, requer que seja, a decisão de primeira instância, integralmente reformada e o débito de Cofins integralmente cancelado.

No que tange a multa, alega que esta deverá ser reduzida a um percentual razoável, pois considera que há excesso na exigência de uma multa de ofício de 75% sobre o débito discutido.

Enfatiza, novamente, entender que a multa configura uma situação abusiva, extorsiva, expropriatória e de caráter confiscatório, confrontando o que ensina o art. 150, IV da Constituição Federal, pelo fato de não ter havido fraude ou sonegação, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade, devendo, assim, ser reduzida.

No que se refere aos juros de mora, destaca e colaciona jurisprudência reconhecendo a inaplicabilidade da taxa Selic aos créditos tributários, uma vez que esta não foi criada por lei para fins tributários.

Ao fim, a recorrente contesta a aplicação da taxa Selic e requereu sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal.

Caso venha a ser admitida a exigência de juros pela taxa Selic, aduz ser sua aplicação limitada somente ao crédito tributário principal, não sendo possível sua incidência sobre a multa de ofício, pois essa configura sanção, penalidade e, portanto, não tem natureza tributária. Alega, ainda, ser evidente o fato de que a multa de ofício não pode ser aumentada pela aplicação de taxa de juros, sob pena de ser considerado agravamento de sanção.

Ressalta, ainda, que tal exigência não pode se sustentar no previsto no art. 43 da Lei 9.430/96, pois tal norma somente autoriza aplicação dos juros Selic quando a multa é lançada isoladamente, sem tributo principal devido, o que não ocorre na hipótese em tela, onde existe o lançamento de um débito principal.

Após todo o exposto, afirma restar demonstrada a necessidade de reforma integral da decisão recorrida, para que seja cancelada a exigência fiscal da Cofins sobre as receitas auferidas na vigência da Lei nº. 9.718/98, requerendo, ao fim, integral provimento ao recurso voluntário, objetivando reforma integral da decisão recorrida e cancelamento da exigência fiscal objeto do processo administrativo em discussão, com o conseqüente arquivamento deste.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a este relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, com 02 (dois) Volumes, numerado o segundo até a folha 366 (trezentos e sessenta e seis), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento, sendo que, ademais, observo que não há, na hipótese, matéria que comporta conhecimento de ofício, pelo que passo a análise das matérias suscitadas pela recorrente.

1. Inconstitucionalidade do alargamento das bases de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS promovido pelo art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98:

Quanto à inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, assiste razão à recorrente em seu Recurso Voluntário, pois que o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, transitado em julgado em 05.09.2006, declarou a inconstitucionalidade do preceito legal, de modo a afastar da incidência das contribuições ao Pis e a Cofins, as receitas que não tiverem origem no faturamento proveniente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

Vejamos a Ementa da decisão do Pretório Excelso:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.” (STF – Pleno – RE nº 390.840/MG – Ac. Por maioria – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 09.11.2005)

Tendo o STF tomado referida decisão, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendo que por ser posicionamento pacificado na Corte Suprema do país, a referida decisão passa a ser de observação obrigatória por todos os interpretes e aplicadores do Direito, máxime a Administração Tributária, limitada que está pelo princípio da legalidade.

Neste sentido, o art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, prescreve que:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou (...)”

Assim sendo, deve igualmente ser afastada a conclusão a que chegou a decisão recorrida, no que diz respeito à constitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições, e, conseqüentemente, passando a se considerar como inexigíveis os créditos tributários constituídos pela aplicação dos preceitos da Lei declarada inconstitucional pelo Plenário do Pretório Excelso.

Conseqüentemente, deve ser afastado o lançamento que constituiu os créditos tributários sobre valores que não se enquadrarem no conceito de faturamento, vigente até o advento da Emenda Constitucional 20/98, o qual abarcava apenas os valores provenientes da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

Compulsando os autos, verifica-se que a Recorrente é pessoa jurídica que atua na condição de *holding*, e, nos meses objeto da Autuação (Dezembro de 2003 e Janeiro de 2004), não auferiu faturamento, mas apenas registrou valores que constaram de sua DIPJ como sendo de “outras receitas”. Analisando as Demonstrações de Resultado do Exercício, extraídas da DIPJ do contribuinte (fls. 10 e 72, dos autos), constata-se que trata-se de “Receitas de Juros sobre o Capital Próprio”, “Outras Receitas Financeiras”, e “Resultado Positivo da Equivalência Patrimonial”, esta sequer objeto da autuação.

Assim sendo, deve o Auto de Infração ser cancelado, para afastar a tributação de receitas que não se subsumem no conceito de faturamento, por se tratarem de receitas inseridas na órbita de incidência das contribuições ao PIS e a COFINS, por meio de instrumento legislativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Resta, conseqüentemente, prejudicado o enfrentamento das demais questões suscitadas pela Recorrente, relativas ao caráter confiscatório da multa de ofício, da impossibilidade de incidência de taxa SELIC, e também da incidência desta sobre a multa de mora.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento ao recurso**, para determinar o cancelamento do Auto de Infração sobre as receitas que não se insiram no conceito de faturamento, nos termos da Lei Complementar nº 70/91.

Processo nº 19515.008562/2008-95
Acórdão n.º **3402-001.643**

S3-C4T2
Fl. 1.338

(Assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.

CÓPIA