



Processo nº 19647.003700/2003-30
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-007.768 – 3^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2019
Recorrente DISTRIBUIDORA COMERCIAL MELO E SILVA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2000, 01/02/2001 a 30/11/2002

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9.718/1998

Nos termos já sedimentados pelo Supremo Tribunal Federal, não devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS as receitas não compreendidas no conceito de faturamento. A declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, não afasta a incidência da COFINS em relação às receitas operacionais decorrentes das atividades empresariais. A noção de faturamento do RE 585.235/MG deve ser compreendida no sentido estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Gerson Jose Morgado de Castro, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

Aproveita-se o Relatório do Acórdão de Impugnação.

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 09/13 e 309/313 do presente processo, para exigência das Contribuições PIS e COFINS e acréscimos legais, cujos processos foram juntados por anexação em cumprimento à

disposição contida no art. 2º da Portaria SRF nº 6.129, de 03.12.2005 (fl. 201), para exigência dos créditos tributários, adiante especificados, referente aos períodos já mencionados:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	COFINS R\$	PIS R\$
CONTRIBUIÇÕES	301.411,46	66.127,25
JUROS DE MORA	183.720,89	40.487,12
MULTA	339.087,69	74.392,97
TOTAL	824.220,04	181.007,34

O procedimento fiscal concluiu com os lançamentos do crédito tributário diante da diferença constatada entre o valor escriturado e o declarado/pago das contribuições, conforme exposto na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 11/13 e 311/313) e consignada como efetiva receita, os valores obtidos junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, através das GIAM. Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada, fls. 33/36 e 337/340.

Uma vez ciente do auto de infração, o contribuinte, por seu representante legal, apresentou peças de defesa, de fls. 254/263 e 555/564, requerendo a improcedência das ações fiscais, pelas razões expostas a seguir:

que os autos de infração decorrem da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, oriunda do fato de a autoridade autuante não haver calculado o tributo sobre o lucro bruto, porém sobre o faturamento, diferente do tratamento dado às instituições financeiras. Esta distinção feita, inclusive pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 28.06.01, fere frontalmente o princípio da isonomia tributária insculpido no art. 150, II, da CF, posição comprovada também por vários doutrinadores e jurisprudências;

que comprova, conforme cópias anexas de Auto de Infração (fls. 264/266), que anteriormente já fora autuada para recolhimento de possíveis diferenças do PIS e Cofins, relativamente ao exercício de 1999, havendo duplicidade de cobrança, o que não é permitido por lei, pelo que deve haver a devida exclusão; '

que faz anexação dos seguintes documentos: DARF relativos a recolhimentos do REFIS, código 9100, que englobava o recolhimento do débito da Cofins e DARF de recolhimento do PIS e Cofins no período constante da autuação, que deveriam ser excluídos;

requer, afinal, em respeito ao princípio da isonomia, as mesmas exodusões e deduções feitas pelas instituições financeiras, de modo que a impugnante tem como base de cálculo o lucro bruto, como decidido no Agravo de Instrumento nº 27.420-PE, do TRF da 5a Região.

Na análise procedida pela 2a Turma desta Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento constatou-se a necessidade de diligências, conforme Resolução nº 474 de 28.04.06 (fls. 604/607), no sentido de:

Verificar se os valores das bases de cálculo considerados na autuação em análise, são os mesmos correspondentes aos valores do anterior lançamento fiscal ou, se houve repercussão de tais valores nas bases de cálculo do atual lançamento e, sendo o mesmo período, se havia autorização expressa do Delegado da RF para tal procedimento;

Efetuada a verificação solicitada, se resultar alteração nos valores das contribuições lançadas, elaborar um Quadro Demonstrativo Conclusivo, determinando os valores das contribuições resultantes;

Sejam tomadas demais providências que, a seu critério, possam subsidiar no desenrolar da questão;

Dar ciência ao contribuinte do resultado da diligência acima solicitada, concedendo-lhe reabertura de prazo para que se pronuncie sobre a mesma, se for o caso, nos termos do que dispõe o Decreto 70.235/72 e alterações posteriores.

Em cumprimento à determinação desta Resolução (nº 474), foi efetuado Termo de Encerramento de Diligência (fls. 610/611) e Quadros Demonstrativos Conclusivos (fls. 612/613).

Sendo dada ciência ao contribuinte em 05.01.07, não houve manifestação posterior, inferindo-se sua anuência. Após decurso do prazo, foi encaminhado o processo para esta Delegacia de Julgamento.

Verificando ainda a insuficiência das informações para o julgamento, deliberou-se, mediante Despacho nº 003/2007 (fl. 627), o cumprimento dos seguintes procedimentos:

verificar se o contribuinte é optante do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS; quais os períodos que foram parcelados, se estão incluídos nos presentes lançamentos e qual a repercussão nos presentes autos de infração;

verificar se os pagamentos constantes dos DARF acostados foram considerados no cálculo das contribuições;

elaborar quadro demonstrativo conclusivo e demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo, após compensação dos débitos dedarados/pagos, porventura existentes;

dar ciência ao contribuinte.

Foi formalizado novo Termo de Encerramento de Diligência (fls. 631/633) e anexados documentos (fls. 634/641). Juntada comprovação de ciência ao contribuinte, por meio de AR (fl. 642). Não havendo manifestação, após prazo regulamentar, foi encaminhado o presente processo a esta DRJ.

A 2^a Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Recife/PE propôs a Resolução nº 474, de 28 de abril de 2006.

Resolvem os membros da 2^a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, converter o presente julgamento em diligência, devendo o processo ser remetido à Delegacia de origem com os seguintes objetivos:

Verificar se os valores das bases de cálculo considerados na autuação em análise, são os mesmos correspondentes aos valores do anterior lançamento fiscal ou, se houve repercussão de tais valores nas bases de cálculo do atual lançamento e, sendo o mesmo período, se havia autorização expressa do Delegado da RF para tal procedimento;

Efetuada a verificação solicitada, se resultar alteração nos valores das contribuições lançadas, elaborar um Quadro Demonstrativo Conclusivo, determinando os valores das contribuições resultantes;

Sejam tomadas demais providências que, a seu critério, possam subsidiar no desenrolar da questão;

Dar ciência ao contribuinte do resultado da diligência acima solicitada, concedendo-lhe reabertura de prazo para que se pronuncie sobre a mesma, se for o caso, nos termos do que dispõe o Decreto 70.235/72 e alterações posteriores.

Em 28 de maio de 2008, através do Acórdão nº **11-22.452**, a 2^a Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Recife/PE, por unanimidade de votos, julgou procedente o lançamento.

A empresa foi intimada do Acórdão de Manifestação de Inconformidade, via Aviso de Recebimento, em 22 de julho de 2008, às e-folhas 1.316.

A empresa ingressou com Recurso Voluntário, em 30 de julho de 2008, e-folhas 1.322 à 1.348.

Foi alegado:

- Na forma do artigo 142, parágrafo único, o autuante adotou, no caso, a base de cálculo ampliada, de que trata o art 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por se tratar de atividade administrativa vinculada, não havendo nos autos prova de que tenha descumprido a lei ampliadora do faturamento;
- Na forma das decisões dos REs 357.950/RS, 346.084/PR, 358.273/RS e 390.840/MG - Tribunal Pleno, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgamento em 09.11.2005, foi declarada a constitucionalidade da base de cálculo.

- DO PEDIDO

Requer por ofensa ao princípio constitucional, seja decretada a improcedência do auto de infração, por falta de amparo legal, inclusive com base na jurisprudência desse douto Conselho de Contribuintes.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Lima Abud

Da admissibilidade.

Por conter matéria desta E. Turma da 3^a Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

A empresa foi intimada do Acórdão de Manifestação de Inconformidade, via Aviso de Recebimento, em 22 de julho de 2008, às e-folhas 1.316.

A empresa ingressou com Recurso Voluntário, em 30 de julho de 2008, e-folhas 1.322.

O Recurso Voluntário é tempestivo.

Da Controvérsia.

Foram alegados os seguintes pontos no Recurso Voluntário:

- Na forma do artigo 142, parágrafo único, o autuante adotou, no caso, a base de cálculo ampliada, de que trata o art 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por se tratar de atividade administrativa vinculada, não havendo nos autos prova de que tenha descumprido a lei ampliadora do faturamento;
- Na forma das decisões dos REs 357.950/RS, 346.084/PR, 358.273/RS e 390.840/MG – Tribunal Pleno, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgamento em 09.11.2005, foi declarada a constitucionalidade da base de cálculo.

Passa-se à análise.

O Auto de Infração se pauta no seguinte fundamento:

001 - COFINS

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO - COFINS (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS)

Durante o procedimento de verificações obrigatorias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, conforme informados nas DIPJs, e no confronto entre os valores recolhidos à SRF/DRF-Recife. O Contribuinte regularmente intimado não apresentou os elementos solicitados, consignamos então como efetiva receita os valores obtidos junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, que lhes são fornecidos pelo Contribuinte através das GIANs; valores estes que confrontados com os recolhimentos efetuados pelo Contribuinte apresentam a insuficiência de recolhimento que ora lhe é exigida.

O auto de infração diz respeito à cobrança de PIS, no período compreendido entre 31.01.1999 e 30.11.2002, por diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado e pago.

A diferença seria oriunda do fato de o autuante não haver calculado o tributo sobre o LUCRO BRUTO, porém sobre o 'FATURAMENTO'.

A Lei nº 9.718/98, conversão da Medida Provisória nº 1.724/98, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, definindo-o no §1º do art. 3º como a receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Todavia, o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS e da Cofins, no julgamento dos RE 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, conforme ementa abaixo:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI N° 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL N° 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 instintos, 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 N° 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, RE 390.840, j. em 09/11/2005)

Destaque-se que o STF, no julgamento do RE n° 585.235, publicado no DJE n° 227 do dia 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional e reafirmou a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98. Segue a ementa, *in verbis*:

RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98. Inconstitucionalidade.

Precedentes do Plenário (RE n.º 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 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 n.º 9.718/98.

Neste sentido, entendo estarmos diante da hipótese prevista no artigo 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria n.º 343/2015 do Ministro da Fazenda, com alterações da Portaria MF n.º 152, de 2016, que dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, conforme colacionado acima.

Art. 62

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)

No mais, o artigo 26-A do Decreto n.º 70.235/72, na redação dada pela Lei n.º 11.941 de 27/05/2009 e o artigo 62 do RICARF, estabelecem estar 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, com exceção dos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, no que também se amolda o presente caso.

A empresa a que se refere o presente lançamento, que explora o ramo de comércio atacadista de óleos, gorduras vegetais e seus derivados, não se enquadra entre as instituições financeiras a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 1991, correspondendo-lhe a base de cálculo das referidas contribuições tal como disposta nos art. 2º e 3º da Lei 9.718/1998, constante do enquadramento legal (fls. 13 e 313).

O procedimento fiscal concluiu com os lançamentos do crédito tributário diante da diferença constatada entre o valor escriturado e o declarado/pago das contribuições, conforme exposto na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 11/13 e 311/313) e consignada como efetiva receita, os valores obtidos junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, através das GIAM. Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada, fls. 33/36 e 337/340.

Através da realização da diligência Resolução n.º 474, de 28 de abril de 2006, foram obtidas as seguintes informações:

- os valores exsurgidos na diligência, nos quadros demonstrativos conclusivos (fls. 612/613) correspondem aos mesmos apurados nos autos de infração;

- o pedido de parcelamento, constante do REFIS, solicitado pelo autuado, foi referente ao IRPJ;
- o Impugnante aderiu ao REFIS - Programa de Recuperação Fiscal, em 28/03/2000, sendo excluído por inadimplência de pagamento, a partir de 01/01/2002, cópias anexas;
- não houve parcelamento dos valores ora analisados e não houve repercussão nos presentes lançamentos;
- já foram considerados os valores dos DARF anexados ao processo, na apuração do presente lançamento.

No novo Termo de Encerramento de Diligência (fls. 631/633), a autoridade diligenciante elaborou as seguintes constatações:

- o contribuinte efetuou um pedido de parcelamento de "Débito declarado anteriormente" referente ao IRPJ, em 30 parcelas, situação REFIS, mediante o processo n.º 10480.001073/98-68, em 29/01/1998, cópias anexas;
- o contribuinte teve formalizado um REFIS-PARCELAMENTO, processo n.º 10480.450149/2001-23. Ocorrendo valores inferiores a R\$ 1.000,00 (um mil reais), foi gerado o processo n.º 19647.005.152/2006-25, originário de "REPRESENTAÇÃO OU DENÚNCIA - IRPJ", referente à transferência do crédito da Cofins para consolidação, efetuada em 05/06/2006 do processo n.º 10480.450.149/2001-23, cópias anexas;
- em 28/03/2000, aderiu ao REFIS, conta n.º 700000003443. Posteriormente, por meio do processo n.º 10166.015.557/2001-03, foi excluído por inadimplência de pagamento do REFIS, com efeito a partir de 01/01/2002, cópias anexas;
- o contribuinte não é optante do REFIS. Não houve parcelamento dos presentes lançamentos e não houve repercussão nos presentes lançamentos.
- as cópias dos DARF acostados ao processo, seus valores já foram considerados na relação dos pagamentos efetuados conforme constantes da relação dos pagamentos do sistema papéis de trabalho e considerados por ocasião da lavratura dos autos de infração.

Requer a contribuinte, diante do princípio constitucional constante do art. 150, II, da CF, a isonomia de tratamento que é dada às instituições financeiras, para que sejam incluídas as exclusões e deduções, de modo que a base de cálculo da referida contribuição seja o lucro bruto-.

O Acórdão de Impugnação teve por esteio o seguinte fundamento, expresso no seu item 14 a 16:

Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições Cofins e PIS, exclui-se da receita bruta apenas o que 'está previsto na lei. Neste sentido, deve-se observar o disposto no' parágrafo sexto do artigo 150 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 03, de 17 de março de 1993:

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

A empresa a que se refere o presente lançamento, que explora o ramo de comércio atacadista de óleos, gorduras vegetais e seus derivados, não se enquadra entre as instituições financeiras a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, correspondendo-lhe a base de cálculo das referidas contribuições tal como disposta nos art. 2º e 3º da Lei 9.718/1998, constante do enquadramento legal (fls. 13 e 313). Devendo ser ressaltado que o inciso I do art. 111 do CTN, reza que, se interpreta literalmente a legislação que disponha sobre exclusão do crédito tributário.

Assim, como não existe previsão legal para excluir da base de cálculo da Cofins e PIS os pretendidos valores, é improcedente a pretensão da impugnante de excluí-los para fins de determinar a referida base de cálculo, pois nenhuma outra exclusão é admissível, além das previstas na lei.

Essa interpretação em nada afronta o posicionamento do RE nº 585.235 do STF, publicado no DJE nº 227 do dia 28/11/2008.

Logo, o pleito da Recorrente que a sua base de cálculo das contribuições Cofins e PIS estaria equivocada – alargada – em função da pretensão de exclusão de valores, não se sustenta por falta de amparo legal.

Quanto ao citado tratamento isonômico e a aplicação da alíquota de 3%, recaem em alegações acerca da constitucionalidade, sendo aplicável a Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Sendo assim, conheço do Recurso Voluntário e nego provimento ao recurso do contribuinte.

É como voto.

Jorge Lima Abud - Relator.