

CSRF/102
Fls. 988**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA**

Processo nº 10166.014235/2003-09
Recurso nº 202-126.814 Especial do Procurador
Matéria COFINS RECEITA FINANCEIRA
Acórdão nº 02-03.401
Sessão de 01 de setembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BB - PREVIDÊNCIA - FUNDO DE PENSÃO DO BANCO DO BRASIL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

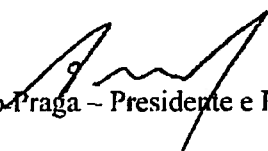
Período de apuração: 01/02/1999 a 31/10/2003

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AMPLIAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. LEI 9.718/98. Ainda que tenha sido proferida em sessão Plenária, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718/98 que promoveu o alargamento da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins somente pode ser estendida aos demais contribuintes não integrantes da lide específica após a edição da Resolução do Senado Federal de que trata o art. 52, X da CF. Por força de disposição expressa do Regimento Interno, aos integrantes do Conselho de Contribuintes e da CSRF é vedado deixar de aplicar norma legal ou ato normativo em virtude de inconstitucionalidade.

Recurso Especial do Procurador Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao recurso especial. Vencidos os conselheiros Dalton César Cordeiro de Miranda (Relator), Maria Tercsa Martínez López, Antonio Carlos Atulim, Gileno Gurjão Barreto, Leonardo Siade Manzan, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Manoel Coelho Arruda Junior que negavam provimento ao recurso. Redesignado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Praga.


Antonio Praga - Presidente e Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Praga, Antonio Carlos Guidoni Filho, Josefa Maria Coelho Marques, Dalton César Cordeiro de Miranda, Henrique Pinheiro Torres, Maria Teresa Martínez López, Gileno Gurjão Barreto, Antonio Carlos Atulim, Julio Cesar Vieira Gomes, Leonardo Siade Manzan, Elias Sampaio Freire, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Gilson Macedo Rosenburg Filho e Manoel Coelho

Processo nº 10166.014235/2003-09
Acórdão n.º 02-03.401

CSRF/T02
Fls. 989

Relatório

A Fazenda Nacional, contra Acórdão 202-17655 que consubstancia decisão pelo provimento majoritário de recurso voluntário do interessado, interpõe recurso especial a este Colegiado Superior, inconformado com o fundamento de que *"A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006."*

Com contra-razões da interessada, os autos seguiram para minha análise.

É o relatório.

A

Processo nº 10166.014235/2003-09
Acórdão nº 02-03.401

CSRF/T02
Fls. 990

Voto Vencido

Tendo em vista que o ilustre Conselheiro Dalton César Cordeiro de Miranda, Relator, não mais compõe o colegiado, reproduzo o voto por ele apresentado na sessão de julgamento deste processo:

“O recurso especial preenche os pressupostos de admissibilidade, daí dele conhecer.

Aludido apelo foi admitido pelo Despacho nº 202-288 (fls. 963/964), pois estariam presentes na hipótese dos autos os seguintes pressupostos: decisão não unânime, tempestividade e demonstração de contrariedade à lei.

E como razões de interposição, o recurso especial de fls. 945 e seguintes, em apertada síntese, está alicerçado nos argumentos de que (i) as “alterações produzidas na legislação da COFINS e do PIS pela Lei nº 9.718/98 são inteiramente constitucionais”; (ii) “a inclusão das receitas financeiras no conceito de faturamento ou receita bruta não é inédita no direito brasileiro. O DL nº 2.397/87, em seu art. 22, já o havia feito”; (iii) “é constitucional a alteração na base de cálculo do tributo, introduzida pela Lei nº 9718/98, pois está de acordo com a nova redação dada ao referido dispositivo constitucional pela EC nº 20/98, já em vigor quando a legislação em comento começou a produzir efeitos”; (iv) “o acórdão violou o art. 195, I, “b” do diploma constitucional, na medida em que foi aplicado em uma situação concreta indevida”; e, por fim, (v) não aplicáveis as decisões da Corte Suprema a este processo.

Declaro de imediato minha não concordância com o recurso interposto, passando a expor minhas razões para tanto.

Não obstante sejam irrepreensíveis os fundamentos do voto que conduz o acórdão recorrido (fls. 939/943), no que concerne ao afastamento da tributação das “despesas necessárias à obtenção de receita financeira pela aplicação de valores oriundos do Programa Previdenciário – têm-se que a parcela agregada pela fiscalização à base de cálculo originariamente apurada pela recorrente, refere-se, efetivamente, a receita de aplicação financeira, independente da motivação que tenha conduzido à motivação inter-programas.” (fl. 939), imperioso se faz mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de sua Primeira Turma, consubstanciado decisão de relatoria do Ministro Luiz Fux, concluiu sobre matéria bastante idêntica que:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. RECURSO ESPECIAL. LEI 9.718/98. PIS E COFINS. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI COMPLEMENTAR 70/91 E LEI COMPLEMENTAR 7/70. NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, ARTIGO 3º, DA LEI 9.718/98.

I. Acórdão embargado segundo o qual: “o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos

Processo nº 10166.014235/2003-09
Acórdão nº 02-03.401

CSRF/T02
11s 991

o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, sob o fundamento de que a concepção de faturamento inserta na redação original do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, não poderia ter sido alargada para autorizar a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, revelando-se inócua a alegação de sua posterior convalidação pela EC 20/98, uma vez que eivado de nulidade insanável ab origine, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Na oportunidade, considerou-se que a aludida lei ordinária instituiu nova fonte destinada à manutenção da seguridade social, o que constitui matéria reservada à lei complementar, ante o teor do disposto no § 4º, artigo 195, c/c 154, I, da CF/88".

2. Embargos de declaração que encartam inovação argumentativa no sentido de que, após a entrada em vigor das Leis 10.637/02 e 10.833/2003, restou restabelecida a base de cálculo alargada para a COFINS e para o PIS.

3. Nada obstante, sobreleva ressaltar que o e. Ministro Gilmar Mendes, nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 379.241-1/PR, recebidos como agravo regimental, ao discorrer sobre os aludidos diplomas legais, elucidou que:

"O agravante não conseguiu demonstrar o desacerto da decisão agravada.

Pretende ele, em síntese, a partir do decidido por esta Corte em torno do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, ver declarado o período normativo abrangido por esta decisão, especialmente tendo em vista o advento das Leis nºs 10.637/02 (concernente ao PIS, conversão da MP nº 66, de 29.08.02, com vigência a partir de 27.11.02, por força do § 6º do art. 195 da Carta Magna) e 10.833/03 (concernente à COFINS, conversão Documento: 688969 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 24/09/2007 Página 1 de 12 Superior Tribunal de Justiça da MP nº 135, de 30.10.03, com vigência a partir de 29.01.04, também por força do § 6º do art. 195 da Constituição).

Preliminarmente cabe registrar que este tema não estava presente no pedido inicial da ação articulada pelo agravante, nem foi objeto de seu recurso extraordinário, razões suficientes ao seu não conhecimento nesta oportunidade.

Contudo, é óbvio, a partir da simples leitura dos pronunciamentos da Corte em torno da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que os fundamentos conducentes a esta interpretação encontraram suporte, exclusivamente, na redação do inciso I do art. 195 da Constituição anteriormente ao advento da EC nº 20/98.

Portanto, sem adentrar em qualquer outra consideração em torno das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, pode-se seguramente afirmar, pela data de sua edição - já na vigência da EC nº 20/98 -, que a elas não se aplicam os mesmos fundamentos de inconstitucionalidade afirmados pela Corte em torno do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98." (voto-condutor encampado pela unanimidade dos integrantes da Segunda Turma do STF, acórdão publicado no DJ de 09.06.2006).

4. Desta sorte, sob a égide da legislação vigente à época da impetração do mandamus (24.06.1999), declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso em sede de controle difuso, os resultados positivos das operações financeiras de renda fixa

Processo nº 10166.014235/2003-09
Acórdão n.º 02-03.401

CSRF/T02
Fls. 992

inexistência de previsão legal hígida ou advento de lei interpretativa, sequer prequestionadas (Súmulas 282 e 356/STF).

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. (EDcl no REsp 734.478, julgado em 21/8/2007)

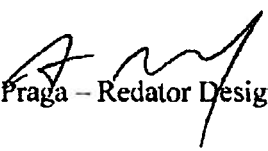
Tal argumentação, aliás, está em linha com a doutrina que trata da matéria em comento, senão, vejamos parte do que leciona José Antonio Minatel em seu "Conteúdo do Conceito de Receita e Regime Jurídico para sua Tributação", MP Editora, páginas 209 a 217:

"6. Receitas partilhadas, transferidas ou repassadas

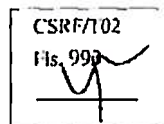
A regra de incidência tributária deve descrever, na hipótese normativa, uma conduta ou situação hipotética reveladora de capacidade econômica esperada venha ocorrer no mundo fenomênico, prescrevendo, como consequência, a irradiação de relação jurídica com aptidão para colocar o titular daquela conduta no pólo passivo quando do efetivo acontecimento do fato, com o dever de cumprir a prestação ali determinada, mediante a entrega compulsória de parcela de dinheiro ao sujeito ativo, a título de tributo. Fixada a materialidade da regra de incidência, cabe ao sujeito passivo, como primeiro intérprete, sopesar se há adequação dos fatos efetivamente ocorridos com a delimitação descrita na norma de incidência, ajustando sua conduta aos específicos mandamentos fixados na lei, tendo presente o princípio garantidor de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".⁴³

Neste sentido, e concluindo de tudo quanto consta dos autos que as supostas receitas que pretende a recorrente exigir tributação, *in casu* pela COFINS, não o pode ser, pois a interessada não detinha titularidade e definitividade dessas receitas, uma vez que tais receitas financeiras tão somente diziam respeito "às despesas incorridas pelo Programa Previdenciário, custeadas em um primeiro momento pelo Programa Administrativo, as quais foram, num segundo momento, transferidas daquele para este a título de ressarcimento de despesas." (fl. 939).

Nestes termos e por comungar no todo com o acórdão recorrido, relatado e votado pela Ilustre Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, voto por negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional."


Antonio Praga – Redator Designado.

Processo nº 10166.014235/2003-09
Acórdão nº 02-03.401



Voto Vencedor

Tendo em vista que a Conselheira Josefa Maria Coelho Marques, originalmente designada para redigir o voto vencedor, não mais compõe o colegiado, designei-me para redigir o voto, enquanto atual presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O Ilustre conselheiro Relator, Dalton César Cordeiro de Miranda, restou vencido quanto a inclusão das receitas financeiras na base de cálculo da Cofins, por força do art. do disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, cuja aplicação está sendo afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que na data do julgamento deste processo pelo Colegiado da CSRF ainda não havia decisão definitiva nesse sentido, muito menos Resolução do Senado Federal.

A ampliação da base de cálculo pretendida pela Lei nº 9.718 citada foi rejeitada pelo e. Supremo Tribunal Federal que, recentemente, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 357950, 390840, 358273 e 346084, em 9 de novembro de 2005, declarou a inconstitucionalidade § 1º do artigo 3º, em razão de ofensa ao disposto no artigo 195, inciso I da Constituição Federal vigente, que determinava, à época da edição da medida provisória e da lei em comento, fossem as contribuições sociais calculadas com base no faturamento, folha de salários ou lucro. Como se pode observar, a base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme disposto na Constituição vigente à época da edição da lei não permitia a incidência sobre a totalidade das receitas.

Com todo o respeito que sempre merecem as abalizadas decisões do Conselheiro Dalton Miranda, porque sempre bem embasadas, ousou divergir nesse caso específico.

Ocorre que incumbe exclusivamente ao próprio Poder Judiciário afastar do mundo jurídico as normas expedidas com afronta a Constituição Federal.

Assim, não contesto em nada esses seus argumentos, apenas entendo que eles não se dirigem aos julgadores administrativos, seja daqui desta Casa, seja das Delegacias de Julgamento. A sua aplicação restringe-se ao próprio Poder Judiciário.

Diferente é, no entanto, o segundo fundamento do voto do ilustre Conselheiro. Aqui, sem nenhuma dúvida trata-se de um comando dirigido aos integrantes da administração pública, com destaque aos seus membros incumbidos do julgamento administrativo. Divido, entretanto, de sua interpretação. É que o comando do caput do art. 1º do Decreto 2.346/97 vem disciplinado pelos seus parágrafos.

O próprio decreto acima mencionado estabelece as condições em que um dado ato legal ou normativo deve ter sua aplicação administrativamente afastada: quando uma decisão em controle difuso tenha sido estendida aos demais contribuintes por meio da Resolução do Senado Federal de que trata o art. 52, inciso X da Constituição Federal, ou quando se trate de decisão proferida em controle concentrado. Somente nesses dois casos, não em outro.

1 /

Destarte, não vemos em quê o referido decreto tenha acolhido a possibilidade de os próprios agentes administrativos incumbidos do julgamento administrativo procederem à extensão a contribuintes não integrantes de lides judiciais específicas os efeitos de decisão proferida pelo STF no exercício do controle difuso da constitucionalidade dos atos legais, ainda que tal decisão seja oriunda de seu Pleno.

É certo que a ausência, no dispositivo regulamentar, de referência expressa às decisões plenárias do Excelso Pretório poderia levar à interpretação, aqui feita pelo Dr. Flávio, de que se tratasse de "decisão inequívoca e definitiva" a determinar a observância da administração, a teor do seu art. P. Tal interpretação, todavia, é negada pela existência dos parágrafos do mesmo artigo, que as estabelecem as condições em que tal aplicação se deva dar.

Com essas considerações, entendo impossível a extensão da decisão do STF até que seja objeto de Resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52 da Carta Magna.

O atual Regimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF 147/1997 é expresso nesse sentido, conforme art. 34, abaixo transcrito:

Art. 34. *Fica vedado à Câmara Superior de Recursos Fiscais 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;*

II - *que fundamente crédito tributário objeto de:*

a) *dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;*

b) *súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou*

c) *pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993.*

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda, restabelecendo a tributação da Cofins sobre as receitas financeiras na forma original do lançamento de ofício.


Antonio Praga - Redator Designado.