



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

Processo n° 10580.722632/2011-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-001.174 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2013
Matéria COFINS
Recorrente ASB PARTICIPAÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto:

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-COFINS

Período de apuração: 01/12/2007 a 31/12/2008

AÇÃO JUDICIAL. COISA JULGADA.

Em relação à matéria levada ao Poder Judiciário, cujo processo transitou em julgado, não há que se falar em alteração da coisa julgada, sendo soberana a decisão judicial, que deve ser prontamente observada pela Administração Pública Federal, nos seus exatos termos.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Paulo Sérgio Celani.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Daniel Mariz Gudiño, Paulo Sérgio Celani, Adriene Maria de Miranda Veras e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Ausência justificada de Marcelo Ribeiro Nogueira.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“Trata-se de Autos de Infração lavrado contra a contribuinte acima identificada pretendendo a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, relativas aos períodos de apuração de dezembro de 2007 a dezembro de 2008.

Conforme apontado pelo autuante, foi constatada a insuficiência de recolhimento das contribuições nos períodos verificados. As divergências encontradas pela Fiscalização foram relativas à composição da base de cálculo do PIS e da Cofins no que diz respeito às instituições financeiras.

Cientificada da exigência fiscal em 17/03/11, a autuada apresenta em 14/04/11 a Impugnação ao auto de infração da Cofins, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

- O posicionamento da Fiscalização está equivocado, na medida em que a apuração da Cofins pela contribuinte se deu corretamente com amparo na decisão judicial transitada em julgado nos autos do mandado de segurança nº 2006.72.00.009485-4, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998.*
- Além disso, ainda em observância à referida ação judicial, a Cofins deveria ser exigida com base na legislação anterior à Lei nº 9.718, de 1998, de modo que o lançamento não poderia ter como capitulação legal o Decreto nº 4.542, de 2002 e a Lei nº 10.684, de 2003, o que importa em cerceamento do direito de defesa e impõe o reconhecimento da nulidade do lançamento.*
- O conceito de receita bruta ou faturamento deve ser entendido como o que decorrer da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou da venda de serviços, conforme definido na Lei Complementar nº 70, de 1991. A receita decorrente do fornecimento de crédito não se trata de receita de venda de mercadoria, nem de receita de serviço.*
- O lançamento é improcedente, ainda, em razão da inclusão na base de cálculo da Cofins de receitas que não são operacionais, tais como “Receitas de Compensação de Impostos” e “Outras Rendas”. As Receitas de Compensação de Impostos são receitas que não possuem qualquer vinculação com as operações bancárias, nem com seu objeto social. Quanto às Outras Rendas, a fiscalização não apresentou qualquer esclarecimento quanto a sua*

origem para fins de caracterização como receitas tributáveis pela Cofins.

No que se refere ao PIS, a Impugnante optou por reconhecer o crédito tributário lançado, tendo efetuado a sua quitação por meio da apresentação de declaração de compensação, no prazo de 30 dias da ciência do auto de infração, aproveitando-se do benefício da redução de 50% da multa de ofício aplicada, nos termos do artigo 44, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

É o relatório.”

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão 15-27.424 de 08/06/2011, proferida pelos membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, cuja ementa dispõe, *verbis*:

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

Período de apuração: 01/12/2007 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Incabível a argüição de nulidade do auto de infração, quando se verifica que foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente.

LEI Nº 9.718, de 1998. AÇÃO JUDICIAL. COISA JULGADA.

Em relação à matéria levada ao Poder Judiciário, cujo processo transitou em julgado, não há que se falar em alteração da coisa julgada, sendo soberana a decisão judicial, que deve ser prontamente observada pela Administração Pública Federal.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS.

O conceito de receita bruta sujeita à Cofins envolve não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário mantido.”

O julgamento foi no sentido de afastar a arguição de nulidade e considerar improcedente a Impugnação da Cofins, mantendo o crédito tributário exigido.

O Contribuinte protocolizou o Recurso Voluntário, tempestivamente, no qual, basicamente, reproduz as razões de defesa constantes em sua peça impugnatória.

O processo digitalizado foi redistribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele tomo conhecimento.

Cinge-se o debate, à repercussão da declaração pelo STF da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98¹ no recolhimento pelo contribuinte da Cofins.

De plano, cabe ressaltar que oportuno fazer um breve relato a respeito da contribuição em tela, eis que importante para o deslinde da questão².

A Cofins foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91, a alíquota de 2% (art.2º, *caput*), tendo por base de cálculo “*o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza*” (art. 2º), com fundamento no inciso I do artigo 195 da CR/88, que assim dispunha em sua redação original:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

A Lei nº 9.718, editada em 27/11/1998, unificou a regulamentação das contribuições PIS e Cofins, majorando a alíquota desta última para 3% (a do PIS era 0,65% consoante a Lei nº 9.715/98), tendo assim disposto sobre a base de cálculo de ambas as contribuições:

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.

Com as alterações introduzidas na legislação supra, que modificaram substancialmente a base de cálculo da Cofins (e do PIS), a referida contribuição perdeu o seu supedâneo constitucional, porque a Carta Magna autorizava a instituição de tributo sobre o faturamento (entendido este como produto da venda de bens e serviços), e não sobre todas as receitas da pessoa jurídica.

Neste sentido, a CF/88 foi alterada por meio da EC nº 20/98, que acrescentou a expressão “*receita*” à nova alínea “b” do inciso I do artigo 195, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 195. (...)

¹ STF, RE 346.084/PR, em 09/11/05

² Moreira, André Mendes. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 141, SP: Dialética, jun.2007, pp.37/45.

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)

b) a receita e o faturamento.

Entretanto, como a Lei nº 9.718/98 fora publicada antes da EC nº 20/98 (que trouxe o seu fundamento de validade), ela tornou-se inválida, na parte que majorou a base de cálculo da Cofins (e da contribuição ao PIS), eis que quando da sua edição a Constituição outorgava competência, tão-somente para a criação de contribuição sobre o “faturamento”, não havendo, até o advento da EC nº 20/98, qualquer menção à “receita”, daí decorrendo a necessidade da edição de lei complementar, na medida em que se tratava de contribuição nova, decorrente do exercício da competência residual da União, nos termos do § 4º do artigo 195 da CR/88.

O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento, segundo o qual, em se tratando de contribuições sociais, a expressão “receita bruta” há de ser compreendida como “faturamento” (STF, 1ª Turma, RE 167.966/MG, Rel. Min. Moreira Alves, 13/09/94), pois, se fosse possível inserir no conceito de faturamento todas as receitas da pessoa jurídica, não haveria razão para a edição da EC nº 20/98, a qual, repita-se, ao modificar a redação do inciso I do artigo 195 da CF, outorgou nova competência à União Federal para, a partir de sua vigência, autorizá-la a instituir contribuições sociais sobre o lucro ou a receita³

Neste sentido, o Plenário do STF reconheceu, em 09/11/2005, a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, em sede de controle difuso de constitucionalidade (RE 346.084/PR, 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS), “*sob o fundamento de que o dispositivo em comento, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento, prevista no inciso I, do artigo 195, da Constituição da República, na sua redação original que equivaleria ao de receita bruta das vendas das mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza*”⁴.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS. RECEITA BRUTA. NOÇÃO DE 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-se 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 desenvolvidas e da classificação contábil adotada”. (STF, Tribunal Pleno, Ementário nº 2242-1, in DJU de 15/08/2006)

No mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Luiz Fux, que apresenta o histórico das decisões proferidas pela Suprema Corte, com relação à Lei nº 9.718/94:

TRIBUTÁRIO. 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.

³ (TRF3, AMS, 1999.61.00056341-6, Rel. Des. Fed. Regina Costa, 16/03/2010).

⁴ *Ibidem* em 18/02/2013 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 18/02/2013 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 19/02/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

1. A Lei n.º 9.718/98, na qual foi convertida a Medida Provisória n.º 1.724/98, ao tratar das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das aludidas exações, definindo-o como a "receita bruta" da pessoa jurídica, vale dizer, "totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas."

2. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional (a equiparação dos conceitos de receita bruta e faturamento a que se refere o art. 3º da Lei n.º 9.718/98 não se contrapõe à disciplina do artigo 195 da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional 20/98), descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

3. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou 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 n.º 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.

4. Destarte, na mesma assentada, a Excelsa Corte afastou a arguição de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.715/98, bem como do artigo 8º, da Lei n.º 9.718/98, que majorou a alíquota da COFINS de 2% para 3%, incidente sobre o faturamento, assim definido como a receita bruta decorrente da venda de mercadoria, de mercadorias e serviços ou de serviços. Outrossim, restou assentada a desnecessidade de lei complementar para a majoração da contribuição cuja instituição se fundamenta no artigo 195, I, da CF/88.

5. Mister acrescentar que, na mesma sessão plenária de 09 de novembro de 2005, conheceu-se do tema referente à constitucionalidade do regime de compensação diferenciado da COFINS com a CSLL, instituído pelo § 1º, do artigo 8º, da Lei n.º 9.718/98, sendo certo que o E. STF reafirmou a decisão exarada nos autos do Recurso Extraordinário n.º 336.134/RS, segundo a qual: "Por efeito da referida norma, o contribuinte sujeito a ambas as contribuições foi contemplado com um bonificação representada pelo direito a ver abatido, no pagamento da segunda (COFINS), até um terço do quantum devido, atenuando-se, por esse modo, a carga tributária resultante da dupla tributação. Diversidade entre tal situação e a do contribuinte tributado unicamente pela COFINS, a qual se revela suficiente para justificar o tratamento diferenciado, não havendo que falar, pois, de ofensa ao princípio da isonomia." (RE 336134/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, maioria, DJ de 16.05.2003).

6. In casu, a insurgência especial dirige-se à aduzida ilegalidade da ampliação da base de cálculo promovida pela Lei n.º 9.718/98, ante o teor do artigo 110, do CTN, entre outros, impondo-se a submissão ao julgado da Corte Suprema, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso sub examine.

7. Desta sorte, o reconhecimento, pelo Pretório Excelso em sede de controle difuso, da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98, implica na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

8. De outro lado, a higidez da Lei 9.715/98 que determinou a apuração mensal do PIS com base no faturamento mensal restou confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

9. Agravo Regimental desprovido”

(STJ, 1ª Turma, Ag. Rg. Nos Edcl, no RE 922.931/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 23/03/2010)

A efetiva instituição da Cofins sobre a receita, tal como autorizado pelo inciso I, “b”, do artigo 195 da CF/88 (com as modificações da EC nº 20/98), deu-se a partir da vigência das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03. Neste sentido, pode-se afirmar que o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento (receita bruta operacional) quando sujeitados à sistemática da Lei nº 9.718/98 (regime cumulativo) e sobre a receita bruta, quando submetidos ao regime não-cumulativo instituído pelas referidas leis.

No meu entendimento, contudo, todo o acima exposto aplica-se unicamente às empresas que comercializam mercadorias e serviços.

A receita operacional das instituições financeiras (como é o caso do contribuinte) é composta pelas contribuições e produto das aplicações financeiras, nos termos da Lei nº 9.718/98, artigo 3º caput e seus parágrafos 5º e 6º, sendo, portanto, irrelevante a referida declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98.

Neste sentido, veja-se:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS. LEI Nº 9.718/1998. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.858 E "REEDIÇÕES". FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. EQUIVALÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. EMPRESA COMERCIAL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. EQUIPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a contribuição social denominada PIS não está inserida dentre aquelas reservadas pela Constituição Federal de 1988 à lei complementar e pode ser alterada por lei ordinária (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF). 2. É orientação consolidada na Suprema Corte que os conceitos de "faturamento" e "receita bruta" são equivalentes para efeitos fiscais (Recursos Extraordinários nºs 150.764/PE, 150.755-1/PE, 144.971-3/DF). 3. A Lei nº 9.718, de 1998, em face da vacatio legis, adquiriu eficácia plena quando já se encontrava em vigor a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, modificativa do artigo 195 da Constituição Federal, o que afasta a existência de sua afirmada desarmonia com a referida emenda. 4. A Corte Especial

deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região declarou a constitucionalidade dos artigos 2º, 3º, "caput", § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que alteraram a base de cálculo do PIS. 5. As empresas comerciais desenvolvem atividades distintas das instituições financeiras e com estas não podem ser equiparadas para fins dos benefícios fiscais previstos na Lei nº 9.718, de 1998 (artigo 3º, § 6º). Inexistência de violação ao princípio da isonomia. (Processo AMS 200037000058335; Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO; Sigla do órgão TRF1; Órgão julgador QUARTA TURMA; Fonte DJ DATA:21/03/2003 PAGINA:81)

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. PIS E COFINS. & 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICABILIDADE DO ARTIGO 285 –A DO CPC. Não merece provimento o recurso interposto pelo BANCO ITAUCARD S/A, devendo ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos porque analisou a questão à luz do entendimento manifesto na jurisprudência, eis que **encontra-se pacificado o entendimento quanto à inaplicabilidade da declaração de inconstitucionalidade do & 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, com relação às instituições financeiras, como a agravante.** (Processo AC 200651010216893; Relator(a) Desembargadora Federal SALETE MACCALOZ; Sigla do órgão TRF2; Órgão julgador TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA; Fonte E-DJF2R; Data::05/07/2011; Página::280)*

*MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE FATURAMENTO. LEI N. 9.718/1998, ART. 3º, § 1º. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. PRESCRIÇÃO. (...) 3. **Em que pese o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 346.084/PR, da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998 (publicação em 28.11.98), o fato é que o conceito de faturamento das instituições financeiras continuou ausente nos demais parágrafos do apontado dispositivo, inclusive nos §§ 5º e 6º, que disciplinam especificamente o recolhimento do PIS e da COFINS por aquele tipo de contribuinte.** 4. Instituições financeiras são aquelas que visam a captação, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros. Parece-me acertado considerar que as receitas financeiras estão incluídas na receita operacional bruta de bancos e entidades equiparadas, dadas as profundas inovações pelas quais o sistema financeiro mundial vem passando desde a década de 1970, com tendência, inclusive, para o que se chama de "universalização dos bancos". 5. Os beneficiários dessa situação, que o próprio Kafka, em sua criação literária de uma sociedade totalitária e impessoal, teria sido incapaz de imaginar, são os bancos e os investidores financeiros externos e internos, que se alimentam dos serviços da dívida pública brasileira, sob beneplácito da política econômica. Tudo isso se passa, porém, sob o disfarce de duas necessidades: acumular reservas para evitar a valorização do Real, de modo a não desestimular as exportações; e enxugar a expansão dos meios de pagamento de modo a conter pressões inflacionárias. 6. Neste cenário, parece claro que, para as instituições financeiras, aplicar seus recursos em títulos públicos, no mercado de derivativos e em outras formas de investimento passou a ser parte de uma estratégia comercial, como forma de adaptação ao mercado financeiro mundial. 7. **Para o faturamento dos bancos e similares, as receitas financeiras tornaram-se tão ou mais importantes do que as operações convencionais de captação e intermediação de crédito. Enquanto para as empresas comuns as aplicações financeiras são uma garantia contra a desvalorização da moeda ou forma de angariar recursos adicionais, para as instituições financeiras elas consistem numa opção mercadológica de obter maiores lucros com os recursos disponíveis. Assim, estando inseridas na atividade-fim dos bancos, não há como ignorar que as receitas financeiras também integram o seu faturamento e, nesta condição, devem ser incluídas na base de cálculo da COFINS.** 8. **Não vislumbro inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 na***

parte em que cuida da matéria referente ao faturamento ou receita bruta das instituições financeiras e entidades equiparadas. Diante da imposição legal da COFINS às instituições financeiras, por força da Lei 9.718/98, fica derogada a isenção anteriormente prevista no parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar 70/91, até mesmo porque não há exigência constitucional de lei complementar para disciplinar esta matéria, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 9. Apelação da União e remessa oficial, tida como ocorrida, providas. Recurso adesivo improvido. (Processo AMS 00266205320064036100; Relator(a) JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO; Sigla do órgão TRF3; Órgão julgador TERCEIRA TURMA; Fonte e-DJF3; Judicial 1; DATA:20/07/2012)

QUESTÃO DE ORDEM. ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVO JULGAMENTO DO APELO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. (...) 4. Os bancos comerciais e as entidades financeiras a eles equiparados (previdência privada) não se submetem ao § 1º, do art. 3º, da Lei 9.718/98, no que tange ao recolhimento do PIS e da COFINS; 5. Tais entidades são regidas pelos parágrafos 5º e 6º, do art. 3º da Lei 9.718/98, sendo que o STF expressamente se manifestou sobre a constitucionalidade do caput do art. 3º, da Lei 9.718/98; 6. Para as instituições financeiras, a receita financeira constitui receita inerente à sua atividade - intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros (art. 17, Lei 4595/64) - ocasionando que sua receita bruta operacional equivalha basicamente ao faturamento, estando sujeitas ao regime não-cumulativo. (TRF4, 4ª Turma, AC nº 206.70.00.021445-4, Rel.Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, 28/04/2010).

Pelos motivos acima expostos, sempre defendi que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não aproveita às instituições financeiras.

Nada obstante todo o acima explicitado, não posso furtar-me de concordar com o contribuinte quando sustenta que a manutenção do auto de infração corresponde à ofensa ao decidido nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.72.000.09485-4, cuja ementa transcrevo abaixo:

COFINS. PRESCRIÇÃO. LC Nº 118/2005. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI 9.718/98.

(...)

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, alterando as Leis Complementares nºs 07 e 70, ampliou a base de cálculo da contribuição criando nova fonte de custeio da seguridade, o que somente pode ser feito por meio de lei complementar, nos termos do parágrafo 4º do artigo 195 do texto constitucional. O conceito de receita bruta ou faturamento deve ser entendido como o que decorrer da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou da venda de serviços. Receitas de naturezas diversas não podem integrar a base de cálculo da contribuição em comento.

Não se diga que a edição da emenda constitucional nº 20 convalidou a Lei nº 9.718/98. Isso porque trata-se de lei com vício de origem, ao contrário do que ocorre com as normas anteriores ao novo diploma constitucional que são por ele recepcionadas.

Com efeito, apesar de discordar da conclusão chegada pelos i. Desembargadores, nos autos daquele remédio processual, devo ressaltar que o mesmo concluiu que, no caso do contribuinte, a base de cálculo da Cofins deverá ser, exclusivamente, sobre a “venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou da venda de serviços” e que, por esse motivo, “receitas de naturezas diversas não podem integrar a base de cálculo da contribuição.”

Leiam-se os exatos termos do voto proferido naquele processo judicial:

Esta Corte considerou, por ocasião do julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 1999.04.01.080274-1 (Relatora para o acórdão: Juíza Virgínia Scheibe), que o alargamento do conceito "faturamento" estabelecido na Lei nº 9.718/98 não ofendia o dispositivo constitucional que exige lei complementar para a criação de novas fontes de custeio. Nessa medida, como se infere do texto da MP nº 1.724, de 29.10.1998, convertida na Lei 9.718, de 27.11.1998, tanto o PIS quanto a COFINS mantiveram o faturamento como sua base de cálculo, contudo, seu conceito foi ampliado (faturamento corresponde a receita bruta).

Entretanto, em recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei 9.718 desbordou de sua competência ao ampliar o conceito de faturamento, acarretando verdadeira alteração na base de cálculo da COFINS. Segundo o voto condutor do eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 357.950-9, publicado no DJU em 6.2.2006:

" ... Procedo ao exame da problemática referente à Lei nº 9.718/98. Aqui há de se perceber o empréstimo de sentido todo próprio ao conceito de faturamento. Eis o teor da lei envolvida na espécie:

Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta lei.

Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo a faturamento sem dar-lhe, no campo da ficção jurídica, conotação discrepante da consagrada por doutrina e jurisprudência, tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, ou seja, a envolver o conceito receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços. Respeitado estaria o Diploma Maior ao estabelecer, no inciso I do artigo 195, o cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo empregador, considerado o faturamento. Em última análise, ter-se-ia a observância da ordem natural das coisas, do conceito do instituto que é o faturamento, caminhando-se para o atendimento da jurisprudência desta Corte.

...

No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços:

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

Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de

Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos "faturamento" e "receita bruta". Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria:

§ 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.

O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil.

Em síntese, o legislador ordinário (logicamente não no sentido vulgar, mas técnico-legislativo) acabou por criar uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195, com a redação vigente à época, e sem ter presente a regra do § 4º nele contido, isto é, a necessidade de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social pautar-se pela regra do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, que é explícito quanto à exigência de lei complementar. Antecipou-se à própria Emenda Constitucional nº 20, no que, dando nova redação ao artigo 195 da Constituição Federal, versou a incidência da contribuição sobre a receita ou o faturamento. A disjuntiva "ou" bem revela que não se tem a confusão entre o gênero "receita" e a espécie "faturamento". Repita-se, antes da Emenda Constitucional nº 20/98, posterior à Lei ora em exame, a Lei nº 9.718/98, tinha-se apenas a previsão de incidência da contribuição sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros. Com a citada emenda, passou-se não só a se ter a abrangência quanto à primeira base de incidência, folha de salários, apanhando-se de forma linear os rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título, mesmo sem vínculo empregatício, observando-se o precedente desta Corte, como também a inserção, considerado o que surgiu como alínea "b" do inciso I do artigo 195, da base de incidência, que é a receita.

Como, então, dizer-se, a esta altura, que houve simples explicitação do que já previsto na Carta? É admitir-se a vinda à baila de emenda constitucional sem conteúdo normativo. É admitir-se que o legislador ordinário possa, até mesmo, modificar enfoque pacificado mediante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que haja atuado, à luz das balizas constitucionais, como guardião da Lei Fundamental." (STF. Recurso Extraordinário nº 357950-9. Pleno. Data de julgamento 9.11.2005. Publicação DJU 6.2.2006. Relator Ministro Marco Aurélio)

Assim, a questão restou decidida pela Suprema Corte. O conceito de receita bruta ou faturamento deve ser entendido como o que decorrer da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou da venda de serviços. Logo, receitas de naturezas diversas não podem integrar a base de cálculo da contribuição em comento.

O § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, alterando a Lei Complementar nºs 70, ampliou a base de cálculo da contribuição criando nova fonte de custeio da seguridade, o que somente pode ser feito por meio de lei complementar, nos termos do parágrafo 4º do artigo 195 do texto constitucional. Verbis:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24.03.2004.

Autenticado digitalmente em 18/02/2013 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 18/02/2013 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 19/02/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 21/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

A decisão supra transitou em julgado no dia 4 de junho de 2007, consoante se verifica no sítio do TRF da 4ª Região.

(http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&xtValor=200672000094854&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=a7cff25c357e86584c35ada3143bf99c&txtPalavraGerada=xusg):

04/06/2007 15:09 *Baixa Definitiva - remetido a(o) G - GUIA NR.: 070088050 DESTINO: EXPEDIÇÃO JUDICIÁRIA E ADMINISTRATIVA*

04/06/2007 15:09 *Decurso de Prazo conforme certidão constante nos autos.*

A decisão de primeira instância, apesar de confirmar o conhecimento da decisão judicial acima, sustentou que existiria “*uma questão de interpretação dos efeitos da inconstitucionalidade § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, sobre a base de cálculo da Cofins devida por instituições financeiras*”.

Pessoalmente, entendo que essa interpretação sequer existe (posto que defendo a total inaplicabilidade da decisão do STF ao caso das instituições financeiras), mas devo concordar com o contribuinte no sentido de que qualquer divergência de entendimento não se aplicaria à mesma, em decorrência dos ditames da decisão judicial que lhe foi favorável (e que, ao que tudo indica, sequer foi objeto de recurso pela i. Procuradoria da Fazenda Nacional).

03/05/2007 17:20 *Recebimento GUIA NR.: 70061841 ORIGEM : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*

25/04/2007 08:35 *Remessa Externa para Intimação DO MPF - GUIA NR.: 070061841 DESTINO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*

19/04/2007 15:17 *Recebimento GUIA NR.: 70056089 ORIGEM : SIMONE ANACLETO LOPES (OAB:UF000002)*

17/04/2007 08:35 *Remessa Externa para Intimação DA FAZENDA NACIONAL - GUIA NR.: 070056089 DESTINO: Simone Anacleto Lopes (OAB:UF000002)*

27/03/2007 02:04 *Disponibilização no Diário Eletrônico de acórdão no dia 27/3/2007 (Boletim 148/2007)*

Ao transitar em julgado o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, foi erigida coisa julgada material, de sorte que o julgamento daquela pretensão, entre aquelas pessoas, e por aquele fundamento, perfaz-se perenemente imunizado (vez que não há nos autos qualquer notícia quanto à propositura de ação rescisória por parte da i. Fazenda Nacional), gerando uma situação de segurança jurídica quanto aos direitos, obrigações e deveres do contribuinte.

Com efeito, a coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário jamais pode ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, com a plena soberania das decisões judiciais. A decisão judicial representa lei entre as partes e por isso deve ser respeitada.

Processo nº 10580.722632/2011-69
Acórdão n.º **3201-001.174**

S3-C2T1
Fl. 293

Portanto, em relação à matéria levada ao Poder Judiciário, cujo processo transitou em julgado, logo soberana a decisão judicial, que deve ser prontamente observada pela Administração Pública Federal, nos seus exatos termos.

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, prejudicados os demais argumentos.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator