



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

Processo nº 10680.001443/2003-11
Recurso nº 326.959 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.273 – 1ª Turma Especial
Sessão de 14 de setembro de 2009
Matéria L 9718 INCONSTITUCIONALIDADE
Recorrente HOSPITAL MATER DEI S/A
Recorrida DRJ/BELO HORIZONTE - MG

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/1999, 01/07/1999 a 31/07/1999, 01/09/1999 a 30/09/1999, 01/11/1999 a 31/12/1999

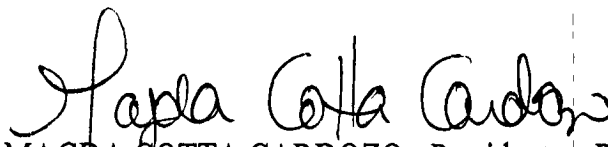
COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo plenário do STF, em sede de controle difuso, e tendo sido, posteriormente, reconhecida por aquele Tribunal a repercussão geral da matéria em questão e reafirmada a jurisprudência adotada, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante, deixa-se de aplicar o referido dispositivo, conforme autorizado pelos Decretos nºs 2.346/97 e 70.235/72 e pelo Regimento Interno do CARF.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso.


MAGDA COTTA CARDOZO - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 29 de setembro de 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Andréia Dantas Lacerda Moneta, Mônica Monteiro Garcia de los Rios (Suplente), Robson José Bayerl (Suplente) e Magda Cotta Cardozo.

Ausentes os Conselheiros Arno Jerke Júnior e Renata Auxiliadora Marchetti.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ recorrida, abaixo transcrito:

“Lavrou-se contra o contribuinte acima identificado o presente Auto de Infração (fls. 04/07), relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, totalizando um crédito tributário de R\$ 19.769,86, incluindo multa e acréscimos regulamentares, correspondente aos períodos de 28/02/1999, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/07/1999, 30/09/1999, 30/11/1999 e 31/12/1999 (fl. 06).

A autuação ocorreu em virtude da não inclusão na base de cálculo da contribuição dos valores das variações monetárias ativas, provenientes da variação cambial sobre obrigações, conforme Termo de Verificação Fiscal, de fls. 08/11, cuja apuração encontra-se discriminada no demonstrativo de fls. 12/13.

Como enquadramento legal, foram citados: art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; e arts. 2º, 3º, 8º e 9º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições.

Irresignado, tendo sido cientificado em 31/01/2003 (fl. 04), o autuado apresentou, em 27/02/2003, acompanhadas dos documentos de fls. 110/135, as suas razões de defesa (fls. 101/109), a seguir resumidas:

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente Auto de Infração, argumenta que deve ser cancelada a exigência, porque não houve o auferimento de receita, mas mero ajuste de uma despesa estimada e nem sequer definitiva e quantificável, por isso mesmo registrada em uma conta de provisão. Os valores tributados tratam-se de estorno da provisão para pagamento de variação cambial sobre obrigação constante do passivo circulante, não constituindo o ingresso de novas receitas, já que oriundos de receitas já tributadas. Dessa forma, tais valores devem ser excluídos da base de cálculo, conforme dispõe expressamente o §2º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98. Sobre o assunto, transcreve entendimentos doutrinários.

As provisões correspondem a uma mera expectativa de algo que pode ocorrer ou não no futuro, não podendo os simples ajustes de provisões serem considerados fato gerador de contribuições sociais, por observância dos arts. 114 e 116 do CTN.

Por fim, requer o cancelamento da presente exigência.”

A DRJ – Belo Horizonte/MG considerou procedente o lançamento (fls. 137 a 143), conforme ementa abaixo transcrita:

As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira compõem a base de cálculo da Cofins e, se tributadas pelo regime de competência, devem ser reconhecidas

a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 149 a 159), trazendo as mesmas alegações apresentadas em sede de impugnação, acrescentando, em síntese, que:

- *Quando a Lei 9.718/98 define variações monetárias como receitas ou despesas financeiras, este conceito também deve ser aplicado ao PIS e à Cofins;*
- *Não é aceitável, do ponto de vista da interpretação sistemática da legislação, que tais valores sejam considerados receitas e despesas para o IRPJ e a CSLL, e não o sejam para o PIS e a Cofins;*
- *As variações monetárias ativas são, nos termos da Lei, receitas financeiras, e as passivas, despesas financeiras;*
- *É descabido querer tributar a diferença de saldos ao final de cada mês, pois essas posições são apenas diferenças de saldos mensais da obrigação.*

É o relatório.

Voto

Conselheiro MAGDA COTTA CARDOZO, Relatora

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Inicialmente, destaque-se que o presente lançamento, como visto acima, se refere à tributação de receitas financeiras decorrentes de variações cambiais sobre obrigações, não incluídas pela recorrente na base de cálculo da Cofins, nos períodos fev/99 a abr/99, jul/99, set/99, nov/99 e dez/99.

A autoridade fiscal informa no Termo de Verificação de fls. 08 a 11 que a empresa impetrou o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.021780-1 (fls. 83 a 90), buscando afastar a cobrança do PIS nos termos previstos pela Lei nº 9.718/98. Desta forma, tal ação não tem qualquer reflexo sobre o presente lançamento, visto tratar-se aqui de exigência relativa à Cofins, e não ao PIS, objeto do pedido judicial.

O mesmo ocorre em relação ao Mandado de Segurança nº 96.0012916-9 (fls. 59 a 82), também mencionado pela autoridade fiscal, por tratar-se de questionamento relativo à Medida Provisória nº 1.212/95 e suas reedições, aplicável ao PIS, e não à Cofins, objeto do lançamento.

Não há nos autos notícia acerca de ação ajuizada pela recorrente específica relativa à apuração da Cofins nos moldes da Lei nº 9.718/98, como ocorreu com o PIS, nada sendo mencionado, também, no recurso voluntário apresentado.

Sobre a base de cálculo da Cofins, dispõe a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.*

Posteriormente, a definição da referida base de cálculo foi alterada pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, nos seguintes termos:

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.

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.

(...)

Como se vê, a Lei nº 9.718/98 alterou a base de cálculo da Cofins, nela incluindo, além das receitas provenientes da venda de bens e da prestação de serviços, também as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, em sua totalidade, com as exclusões nela previstas.

Assim, a norma aplicável à apuração da Cofins em todos os períodos lançados – Lei nº 9.718/98 – previa a tributação da totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme acima transcrito. Dessa forma, a tributação dos valores referentes às receitas decorrentes da variação cambial (receitas financeiras) somente passou a ter fundamento legal a partir da edição daquela Lei, nos termos de seu artigo 3º.

No entanto, no julgamento dos RE nºs 390.840, 346.084, 358.273 e 357.950, o STF considerou inconstitucional a alteração trazida pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, relativamente à definição da base de cálculo das contribuições, mantendo-se, portanto, para este fim, o texto das normas anteriormente aplicáveis (no caso da Cofins, a Lei Complementar nº 70/91). Abaixo, transcrevem-se as respectivas ementas:

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. (Grifou-se)

Sobre tal questão, aquele Tribunal, em decisão recente, manifestou-se no seguinte sentido:

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008. (Grifou-se)

DJE nº 119, divulgado em 26/06/2009

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Acerca da aplicação, no âmbito administrativo, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, dispõe o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos

tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, estabelece o artigo 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que:

“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

(...)”

Também o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o procedimento administrativo fiscal no âmbito da RFB, recentemente alterado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, determina que:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

(...)

Analisando-se as decisões acima transcritas, proferidas pelo plenário do STF, conclui-se, sem a menor dúvida, que o entendimento fixado no julgamento dos RE nºs 390.840,

346.084, 358.273 e 357.950, relativamente à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins) definido pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, encontra-se pacificado naquela Corte, reconhecendo o Tribunal tratar-se de matéria de repercussão geral, e reafirmando expressamente a jurisprudência acerca da questão, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante. O entendimento manifestado pelo STF autoriza, inclusive, a sua adoção pelos tribunais inferiores, retratando-se ou declarando prejudicados os recursos pendentes relativos à mesma matéria, nos termos da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

Desta forma, entendo não mais haver dúvida em relação à definitividade do entendimento da Corte Suprema acerca do tema, independentemente de súmula vinculante, cuja edição, aliás, é questão apenas de tempo. Em consequência, resta atingido o objetivo pretendido no texto das normas acima transcritas, ou seja, a não aplicação, pelo julgador administrativo, de dispositivo legal declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do STF, resguardando a Fazenda Nacional de futuros prejuízos quando da fase de execução fiscal do crédito tributário.

Destaque-se, ainda, que a não aplicação da norma declarada inconstitucional nada mais é do que a efetivação do princípio da legalidade, basilar no âmbito administrativo e tributário, não se podendo admitir a manutenção de exigência fiscal fundada em dispositivo sabidamente inconstitucional.

Observe-se, por fim, que, em consonância com o entendimento pacificado no âmbito do Poder Judiciário, foi editada a já citada Lei nº 11.941/2009, revogando expressamente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98:

Art. 79. Ficam revogados:

(...)

XII – o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998;

(...)

Por todo o acima exposto, entendo não mais ser passível de tributação a receita financeira auferida pela pessoa jurídica, nela incluída aquela decorrente de variação cambial, em razão das decisões proferidas pelo STF relativas à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, nos termos da legislação acima transcrita.

Assim, voto pelo provimento do recurso voluntário, exonerando-se o crédito tributário lançado em sua totalidade, ficando, em decorrência, prejudicada a análise das alegações de mérito trazidas pela recorrente.


MAGDA COTTA CARDOZO