



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

**Processo nº** 10680.720508/2005-92  
**Recurso nº** 261.494 Voluntário  
**Acórdão nº** 3401-00.600 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de março de 2010  
**Matéria** PREVIDÊNCIA PRIVADA. BASE DE CÁLCULO. CARTEIRA IMOBILIÁRIA. REAVALIAÇÃO DE IMÓVEIS. DECADÊNCIA PARCIAL.  
**Recorrente** PREVIMINAS - FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DE MINAS GERAIS.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

DECADÊNCIA. CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR. SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8/2008.

Editada a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo para a Fazenda proceder ao lançamento da Cofins e do PIS é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos dos art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo irrelevante a antecipação do pagamento.

BASE DE CÁLCULO. PERÍODOS DE APURAÇÃO A PARTIR DE FEVEREIRO DE 1999. RECEITA BRUTA. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 1º. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. EFEITOS LIMITADOS ÀS PARTES.

Nos termos da Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 1º, a base de cálculo do PIS Faturamento e da Cofins é a totalidade das receitas, incluindo as demais receitas além daquelas oriundas da venda de mercadorias e prestação de serviços, sendo que a inconstitucionalidade desse dispositivo, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do controle difuso, não pode ser aplicada pelo CARF até que seja editada sobre o tema resolução do senado federal, súmula do STF, decreto do Presidente da República, súmula da AGU ou ato do Secretário da Receita Federal do Brasil ou, ainda, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, estendendo para todos os efeitos da inconstitucionalidade declarada na via incidental, inicialmente.

REAVALIAÇÃO DE INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS. RECEITA NÃO AUFERIDA. NÃO-INCIDÊNCIA

Nos termos da Lei nº 9.718/98, a reavaliação de investimentos imobiliários das entidades fechadas de previdência privada, enquanto não realizada, não sofre a incidência da Cofins porque não se constitui em receita auferida. Somente por ocasião da realização é que os valores de tal reavaliação integram a base de cálculo da Contribuição.

#### RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. TRIBUTAÇÃO.

Nos termos do art. 3º, §§ 6º, III, e 7º, da Lei nº 9.718/98, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, somente os rendimentos proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, decorrentes das aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlios e resgates, todos inseridos no programa previdencial, é que são excluídos da base de cálculo do PIS Faturamento e COFINS. Os rendimentos de aplicações financeiras dos recursos do programa assistencial e administrativo, por não serem destinados a tais benefícios, são tributados pelas duas Contribuições.

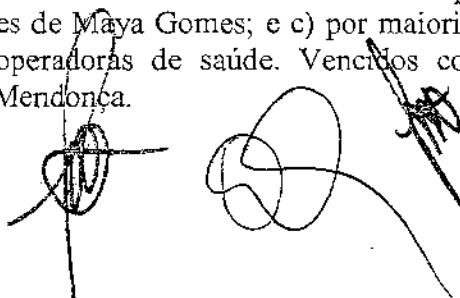
#### PLANO ASSISTENCIAL DE SAÚDE. DEDUÇÕES PRÓPRIAS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 9º. LIMITAÇÃO.

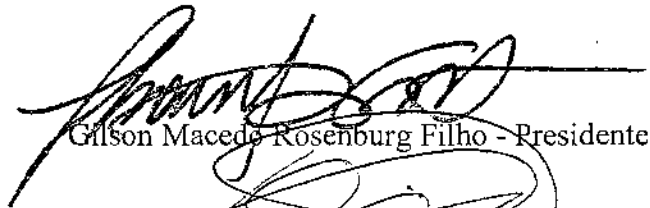
Aplica-se às entidades de previdência complementar autorizadas a operar com planos de saúde o disposto no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, introduzido pelo art. 2º da MP nº 2.158-35/2001, que permite deduzir da base de cálculo do PIS Faturamento e da Cofins, a partir de dezembro de 2001, as co-responsabilidades cedidas, a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas e o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades. Todavia, em tais deduções não se incluem custos e despesas relativos aos eventos com os próprios associados, mas com associados de outras operadoras.

Recurso Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: a) por maioria de votos, para declarar a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos períodos de apuração anteriores a 06/2000, vencidos os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho e Odassi Guerzoni Filho, que aplicaram o art. 173 do CTN por não haver pagamento antecipado; b) por unanimidade de votos para excluir da base de cálculo adotada no lançamento os valores referentes a reavaliação de investimentos imobiliários; II) No mais negou-se provimento: a) por maioria de votos para manter a eficácia do parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº 9.718/98, vencidos os Conselheiros Fernando Marques Cleto e Jean Cleuter Simões Mendonça. Votaram pelas conclusões Gilson Macedo Rosenberg Filho, Odassi Guerzoni Filho e Luciano Pontes de Maya Gomes, que apresentarão declaração de voto; b) pelo voto de qualidade para manter a tributação dos rendimentos de aplicações financeiras, vencidos os Conselheiros Fernando Marques Cleto, Jean Cleuter Simões Mendonça e Luciano Pontes de Maya Gomes; e c) por maioria de votos não se admitindo as deduções próprias das operadoras de saúde. Vencidos conselheiros Fernando Marques Cleto e Jean Cleuter Simões Mendonça.





Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente



Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

EDITADO EM 14/04/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guezzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

## Relatório

O processo trata do Auto de Infração de fls. 06/24, com ciência em 29/06/2005, relativo à COFINS, no valor de R\$ 7.429.355,79, incluindo juros de mora e multa no percentual de 75%.

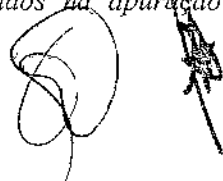
Por bem resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

*A autuação ocorreu em virtude de falta/insuficiência de recolhimento da contribuição nos períodos acima identificados, em razão de a empresa ter efetuado, na apuração da base de cálculo, exclusões a maior e deduções não previstas em lei, conforme o Termo de Verificação Fiscal - TVF, de fls. 25/41, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 63/74.*

*No TVF, a Fiscalização destaca que a empresa procedeu de forma incorreta no período de fevereiro/1999 a julho/2002, pois só há previsão legal para excluir as receitas de investimentos imobiliários da base de cálculo a partir de agosto/2002.*

*O contribuinte também considerou valores incorretos na apuração da base de cálculo referentes às contas "Remuneração dos Investimentos Assistenciais" e "Remuneração dos Investimentos Administrativos", que não devem ser excluídos da base de cálculo da Cofins, pois correspondem à parcela dos rendimentos do grupo investimentos que não foi auferida nas aplicações de recursos financeiros destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates.*

*Além disso, deduziu indevidamente valores contabilizados na conta 4.2.8.1.99.01 - Provisão para Perda, pois não há previsão legal para esse procedimento. Por outro lado, os valores contabilizados na contra 4.1.8.1.99.01 - Reversão de Provisão para Perda, que não tinham sido computados como dedução pela empresa, foram considerados na apuração da base de cálculo pela Fiscalização.*



O autuado também deduziu indevidamente os "Recursos Utilizados Assistenciais", já que no período de fevereiro/1999 a novembro/2001 não há nenhum dispositivo legal no qual possam enquadrar-se tais deduções e, a partir de dezembro/2001, o contribuinte não demonstrou e nem comprovou que efetivamente possui valores que se encaixam nas normas das deduções previstas em lei (art. 3º da IN SRF nº 215, de 2002, e §9º, do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998).

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) do referido Auto de Infração (fls. 10/11).

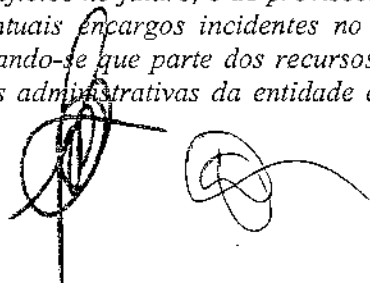
Irresignado, tendo sido cientificado em 29/06/2005 (fl. 06), o autuado apresentou, em 29/07/2005, acompanhadas dos documentos de fls. 582/611, as suas razões de defesa (fls. 543/581), a seguir resumidas:

Narrando os fatos considerados na formalização do presente lançamento, entende estar fora da hipótese de incidência da Cofins, uma vez que não auferir receita, visto que recebe contribuições de seus associados que são revertidas em benefício destes, conforme seu objeto social. Também não possui, em suas contas, títulos contábeis que tenham a natureza de faturamento ou receita, termos vinculados à idéia de lucro, característica peculiar das empresas mercantis.

Transcreve diversos julgados dos Tribunais e entendimentos doutrinários, destacando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, pelo fato de determinar a incidência da Cofins sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Considerando o conceito de faturamento na Constituição Federal - venda de mercadoria e serviços ou de ambos -, que não pode ser equiparado ao de receita bruta, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado em flagrante erro, ao equiparar o termo faturamento à receita bruta da pessoa jurídica.

Citando os princípios da Legalidade e da Tipicidade Cerrada, conclui que não deve se sujeitar ao recolhimento da Cofins, na medida que não possui faturamento, ou seja, inexistente receita de venda de mercadorias ou serviços no universo das entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), mas tão-somente contribuições da patrocinadora, dos participantes e resultados positivos de investimentos que são destinados, integralmente, ao pagamento de benefícios.

Ainda que se entenda legítimo o alargamento da base de cálculo da Cofins promovido pela Lei nº 9.718, de 1998, não deve se sujeitar à cobrança desta contribuição, à medida que não auferir receitas tributáveis. Nas entidades fechadas de previdência complementar inexistente o patrimônio destacado da pessoa jurídica a ser acrescido, pois todo o recurso ingressado é automaticamente afetado ao pagamento de benefícios no presente, à formação de reservas técnicas destinadas ao pagamento de benefícios no futuro, e de provisões técnicas para cobertura de eventuais encargos incidentes no pagamento de benefícios, ressaltando-se que parte dos recursos é destinado a cobrir as despesas administrativas da entidade e outro tanto é



*deslocado para o programa contábil de investimentos, cujos dividendos também se destinarão ao pagamento de benefícios e à constituição de reservas e provisões técnicas. Sobre o assunto, transcreve análise doutrinária. Conclui não haver qualquer possibilidade de se classificar como receita - ingresso de dinheiro que acresce o patrimônio da pessoa jurídica -, os recursos recebidos.*

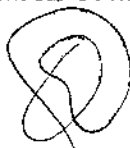
*Em seguida, argúi a decadência do direito da Fazenda constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos antes de junho/2000, uma vez que a contribuição em foco se sujeita ao regime do lançamento por homologação, devendo ser observado o prazo quinquenal previsto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN). A prevalência do CTN sobre o disposto no art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, impõe-se em razão da determinação contida na letra b do inciso III do art. 146 da Constituição. Nesse sentido, transcreve julgados do Conselho de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Superior Tribunal de Justiça.*

*Prossegue, relacionando valores que devem ser retificados no lançamento, caso se entenda devida a contribuição.*

*Aduz que a Fiscalização se equivocou ao incluir na base de cálculo valores referentes à mera reavaliação da carteira de investimentos imobiliários, que não implicam em qualquer entrada, mas simples atualização contábil que, acaso tributável pela contribuição, esta somente estaria autorizada quando da realização daqueles bens. Assim, "resultado de reavaliação de bens do ativo" não é considerado receita pelas pessoas jurídicas, que não reconhecem esse evento no resultado do exercício e, conseqüentemente, não integra a base de tributação. Nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, não é o fato de o Plano de Contas das EFPC prever como receita evento que não se caracteriza como tal, que autorizará a sua inclusão na base tributável da Cofins. A interpretação ora propugnada é ratificada pela legislação do Imposto de Renda, cujos importes decorrentes da reavaliação não integram o resultado, conforme o Decreto nº 3.000, de 1999. Nesse sentido, transcreve decisões do Conselho de Contribuintes.*

*Informa que promoveu a reavaliação de seus ativos imobiliários em outubro/2002, no valor de R\$ 305.074,53, que deve ser excluído da base de cálculo. Assim, o valor total das exclusões passa para R\$ 6.760.407,12, a base tributável para R\$ 1.942.719,16 e o valor devido de Cofins nesse mês para R\$ 58.281,57.*

*Registra que na base de cálculo de setembro/2004 foi observado como receita tributável o valor de R\$ 1.424.549,63, referente à "Receita Administrativa", conta contábil 5.1. Constata-se, porém, que tal receita contabilizada no balancete foi de R\$ 780.207,09. Assim, houve uma majoração da base de cálculo da Cofins em R\$ 644.342,54, valor que deve ser expurgado.*



*Em relação à exclusão dos investimentos administrativos, aduz que estão abrangidos pela regra contida no inciso III do §6º da Lei nº 9.718, de 1998, porque o fundo do programa administrativo será sempre revertido para o programa previdencial para eventual déficit de recursos, ou seja, a remuneração dos recursos administrativos também se destina ao pagamento de benefícios previdenciários, muito embora estejam temporariamente deslocados para o programa administrativo.*

*Argumenta que a Fiscalização não deduziu algumas contas referentes a “recuperações de despesas”, conforme previsto no inciso II do §2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Tais contas seriam: 4.2.1.1.01 - Consultas e honorários médicos; 4.2.1.1.02 - Exames e terapias; 4.2.1.1.03 - Demais utilizações assistenciais; 4.2.1.1.04 - Ressarcimentos; 4.1.8.1.99.01 - Reversão provisão para perda; 4.1.8.9.01 - Recup. recur. utiliz. exerc. anteriores; 4.1.8.9.04 - Recup. de recursos utilizados; 5.1.1.1.12.02 - Recuperação de despesas.*

*Quanto às receitas assistenciais, as entidades fechadas de previdência complementar estavam autorizadas desde a Lei nº 9.701, de 1998, a deduzirem a parcela das contribuições destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas, antes do advento da IN SRF nº 170, de 2002. Uma vez que as parcelas referentes às receitas assistenciais eram destinadas à constituição de provisões, estas sempre puderam ser deduzidas da base de cálculo da Cofins.*

*Assim, até o advento da Lei nº 10.185, de 2001, que trouxe a necessidade de especialização das sociedades seguradoras de planos privados de assistência à saúde, as entidades fechadas de previdência complementar podiam operar seus próprios planos de saúde, e sempre puderam deduzir as respectivas receitas, com base no inciso V, art. 1º, da Lei nº 9.701, de 1998, e no §5º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Para as entidades de previdência complementar que se registraram na ANS e se mantiveram como autogestoras de seus planos assistenciais ficou plenamente assegurada a dedução das receitas assistenciais, mas não em razão do §9º incluído pela MP nº 2.158-35, de 2001, na Lei nº 9.718, de 1998, e sim em razão da legislação anterior. Cita decisão do Conselho de Contribuintes nesse sentido e conclui que o agente fiscal, com base na ilegítima IN nº 170, de 2002, ampliou o conceito da lei e inovou o entendimento que a própria Administração Fazendária tinha a respeito da tributação para as entidades fechadas de previdência complementar.*

*Acrescenta que ao referir-se às provisões técnicas assistenciais como valores a serem deduzidos da base de cálculo da Cofins (§9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998), a norma alude justamente aos recursos contabilizados no grupo contábil 4.2 do plano de contas. As contas 4.2 registram os recursos financeiros destinados à cobertura das despesas com a concessão de benefícios assistenciais, ou seja, as provisões técnicas assistenciais. A previsão para que se contabilize gastos de ocorrência sistemática na conta 4.2.1.1 (Resolução CGPC nº 5, de 2002) deixa clara sua característica provisional, porquanto se destina a alocar os recursos para gastos previstos, esperados. Igualmente ocorre com a contra “por decisão*

*diretoria/conselho”, código 4.2.4.9.02.03, pois se presta à contabilização dos recursos que irão fazer frente às despesas assistenciais extraordinárias, aprovadas por decisão da diretoria ou do conselho da entidade.*

*Informa estar anexando as planilhas que demonstram os cálculos realizados, conforme a composição que apresenta.*

*Por fim, requer seja julgado totalmente improcedente o lançamento, pois não deve se sujeitar ao recolhimento da Cofins, já que não possui faturamento e não auferir receitas. Sucessivamente, requer seja excluído o crédito tributário anterior a maio/2000, face à decadência apontada. Requer ainda que sejam excluídos da base de cálculo todos os valores que dela não devem constar, reduzindo-se o lançamento em R\$ 2.303.082,38.*

A 1ª Turma da DRJ julgou o lançamento procedente em parte, reduzindo a parcela de R\$ 25.773,70 do valor da Contribuição lançada no período de apuração 09/2004. Nessa parte constatou erro na planilha elaborada pela Fiscalização (fl. 74), tal como alegado na Impugnação. Como o valor cancelado é abaixo do limite de alçada, não coube remessa de ofício.

No mais, a DRJ manteve o lançamento, nos termos do Acórdão de fls. 609/635.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a Entidade insiste na improcedência total do lançamento, refutando a decisão recorrida e repisando as alegações da Impugnação quanto ao seguinte:

- decadência parcial até o período de apuração maio de 2000;
- não incidência da Contribuição, em face da ausência de faturamento e de receita tributável;
- caso mantido o entendimento de que as receitas são passíveis de tributação pela Cofins, retificações dos valores relativos a 1) receitas de reavaliação de ativos imobiliários, 2) todos os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras, contabilizados na conta 6.1-Rendas/Variações Líquidas dos Programas de Investimento (neste ponto menciona como amparo legal o inc. III do § 6º da Lei nº 9.718/98), bem como a remuneração dos investimentos do Programa Administrativo (neste ponto menciona a Resolução CCGPC nº 05, de 30/01/2002, e assevera que conforme o Estatuto da Entidade o fundo composto pelo excedente do programa administrativo será sempre revertido para o Programa Previdencial), 3) recuperação de despesas (refere-se às contas 4.2.1.1.01-Consultas e Honorários Médicos, 4.2.1.1.02-Exames e Terapias, 4.2.1.1.03-Demais Utilizações Assistenciais e 4.2.1.1.04-Ressarcimento, e menciona como amparo legal o inc. II do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98), 4) receitas assistenciais e 5) contas “Recursos utilizados assistenciais” e “Constituição de provisões técnicas assistenciais”, do grupo contábil 4.2 (defende a exclusão, na base de cálculo, dos valores correspondentes as essas duas contas, bem como da conta 4.2.4.9.02.03-“por decisão diretoria/conselho”, esta relativa a despesas assistenciais extraordinárias).

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso é voluntário e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

Além da decadência parcial do lançamento, a Recorrente alega não se submeter à incidência da Cofins por não auferir receita, tal como definida antes do alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718/98. Destaca a inconstitucionalidade desse alargamento, julgada pelo STF. Em seguida, em face da possibilidade de ser rejeitada a arguição de não-incidência ampla, pontua as exclusões enumeradas no final do relatório, cujos valores espera sejam deduzidas da base de cálculo.

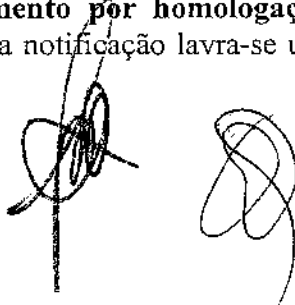
### DECADÊNCIA

Na análise da decadência cabe aplicar a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91. Resolvida a polêmica pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, o prazo para a Fazenda proceder ao lançamento da COFINS e do PIS há de ser regulado pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Sabedor da divergência em torno do dia inicial do prazo decadencial, destaco a este Colegiado que não houve antecipação de pagamento, nos termos exigidos pelo art. 150 do CTN. Para mim é irrelevante tenha havido ou não tal antecipação de pagamento, pois considero que o termo inicial ou *dies a quo* é contado sempre da ocorrência do fato gerador. Importa, para o deslinde da controvérsia, investigar a respeito **do que se homologa – se o pagamento antecipado, ou toda a atividade** do sujeito passivo. Ressaltando-se que há inúmeras opiniões em contrário, segundo as quais não há lançamento por homologação se não houver pagamento antecipado, filio-me à corrente minoritária a qual pertence José Souto Maior Borges, que entende haver homologação **da atividade do contribuinte**, consistente na identificação do fato gerador e apuração do imposto, que deve ser antecipado somente se devido.

Por oportuno, cabe lembrar o lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Física, em que o contribuinte, após computar os valores retidos pela fonte pagadora, calcula o imposto anual podendo chegar a três resultados diferentes: valor devido, zero ou imposto a restituir. Após o cálculo, o sujeito passivo preenche e entrega a declaração, devendo antecipar o pagamento se apurou valor a pagar, ou então aguardar a restituição, caso os valores retidos tenham sido maiores que o imposto devido anualmente.

A Secretaria da Receita Federal, após processar a declaração, emite uma notificação, através da qual o auditor fiscal homologa expressamente **todo o procedimento do contribuinte**, já que confirma o imposto a restituir ou o valor zero, ou ainda, caso tenha apurado valor diferente, procede ao lançamento desta diferença. Quando a autoridade administrativa confirma o valor declarado pelo sujeito passivo, é expedida uma notificação ao sujeito passivo e tem-se o **lançamento por homologação**; quando o valor apurado pela autoridade é maior, ao invés de uma notificação lavra-se um auto de infração, procedendo-se ao **lançamento de ofício**.



Nos outros tributos lançados por homologação – hoje quase todos o são -, o procedimento não é substancialmente diferente, sendo que em vez de notificação expressa na grande maioria dos casos ocorre a homologação ficta, na forma do previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

Ora, se a autoridade administrativa **homologa um valor zero, ou uma restituição**, evidente que não está homologando **pagamento**. A redação do *caput* do art. 150 do CTN emprega o termo **pagamento** para informar o dever de sua antecipação (“... tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de **antecipar o pagamento** ...), não para dizer de sua homologação. Esta refere-se à **atividade** (ou procedimento) do sujeito passivo (“... a referida autoridade, tomando conhecimento **da atividade** assim exercida pelo obrigado, expressamente **a homologa**.”

Conforme os fundamentos acima, e porque a ciência do auto de infração se deu em 29/06/2005, estão decaídos os fatos geradores anteriores a junho de 2000.

#### **BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. NÃO APLICAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98.**

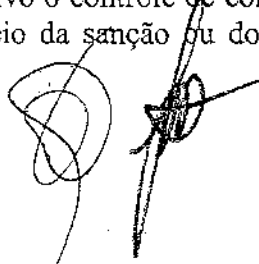
Quanto à alegação de não incidência da Contribuição porque a Recorrente não auferiria receita, tal como definida pela Lei Complementar nº 70/91, não pode ser acatada porque toda a autuação se deu sob a égide da Lei nº 9.718/98, contemplando períodos de apuração a partir de fevereiro de 1999. A base de cálculo é, então, a receita bruta, nos termos do § 1º do art. 3º da citada Lei, que como se sabe foi declarado inconstitucional pelo STF, em sede do controle difuso de inconstitucionalidade.

Sabedor da divergência neste Colegiado, quanto à aplicação ou não dos julgamentos do STF por este tribunal administrativo, mantenho entendimento adotado em outros julgamentos sob a minha relatoria, no sentido de que a inconstitucionalidade referida não pode, ainda, ser aplicada aqui.

Assim, a base de cálculo da Contribuição engloba as demais receitas, além da oriunda de venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Como a inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei foi declarada na via incidental - Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273, 390.840 e 346.084, especialmente -, cujos efeitos não são *erga omnes*, até que sobrevenha ato do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional cancelando tais lançamentos, conforme autorizado pelo *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346/97, descabe a este órgão julgado administrativo considerar tal inconstitucionalidade. Outras alternativas, a evitar prejuízos para os cofres financeiros públicos e demora para os contribuintes, são as seguintes: edição de súmula vinculante por parte do STF, nos termos da recente Lei nº 11.417, de 19/12/2006; súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73/1993; e parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73/1993.

Nos termos dos arts. 97 e 102, I, “a”, III e §§ 1º e 2º deste último, da Constituição Federal, somente o Judiciário é competente para julgar inconstitucionalidades, sendo que no âmbito do Poder Executivo o controle de constitucionalidade é exercido *a priori* pelo Presidente da República, por meio da sanção ou do veto, conforme o art. 66, § 1º, da Constituição Federal.



*A posteriori* o Executivo federal, na pessoa do Presidente da República, possui competência para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tudo conforme a Constituição Federal, arts. 103, I e seu § 4º, e 102, § 1º, este último parágrafo regulado pela Lei nº 9.882/99. Também atuando no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidades, o Advogado-Geral da União será chamado a pronunciar-se quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (CF, art. 103, § 3º).

No mais, *a posteriori* o Executivo só deve se pronunciar acerca de inconstitucionalidade depois do julgamento da matéria pelo Judiciário. Assim é que o Decreto nº 2.346/97, com supedâneo nos arts. 131 da Lei nº 8.213/91 (cuja redação foi alterada pela MP nº 1.523-12/97, convertida na Lei nº 9.528/97) e 77 da Lei nº 9.430/96, estabelece que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, devem ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos.

Consoante o referido Decreto o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida pelo Judiciário em caso concreto. Também o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, ficam 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 não mais sejam constituídos ou cobrados os valores respectivos. Após tal determinação, caso o crédito tributário cuja constituição ou cobrança não mais é cabível esteja sendo impugnado ou com recurso ainda não definitivamente julgado, 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 (parágrafo único do art. 4º referido Decreto, cuja interpretação não pode ser dissociada nem do *caput* desse artigo, nem do art. 1º, incluindo respectivos parágrafos, do Decreto em comento).

O Decreto nº 2.346/97 ainda determina que, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Na forma do citado Decreto, aos órgãos do Executivo competem tão-somente observar os pronunciamentos do Judiciário acerca de inconstitucionalidades, **quando definitivos e inequívocos**. Não lhes compete apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie, de forma definitiva e em decisão com efeitos *erga omnes*. Neste sentido já informa, inclusive, o 62, I, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, repetindo o art. 49, parágrafo único, I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007. No Regimento mais antigo dos Conselhos de Contribuintes, a norma em tela consta do art. 22-A (Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002).

Apesar de o último Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, no seu art. 49, parágrafo único, inc. I, à igualdade do o 62, I, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, introduzir redação que não mais se refere, expressamente, à **ação direta** de

inconstitucionalidade – ao contrário do Regimento mais antigo, cujo art. 22-A, parágrafo único, inc. I, ao mencionar a possibilidade deste órgão administrativo afastar lei declarada inconstitucional, se referia expressamente à ação direta -, não vejo relevância na alteração. É que os regimentos internos, sejam os antigos ou o atual, hão de ser interpretados em conjunto com o Decreto nº 2.346/97. Neste, por sua vez, inexistente qualquer autorização para aplicação de inconstitucionalidade declarada na via incidental (cujos efeitos são *inter partes*, cabe ressaltar), antes de Resolução do Senado Federal ou de pronunciamento do Presidente da República, do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

A norma extraída do três Regimentos Internos acima mencionados é única. A expressão “ação direta” não precisava constar da redação mais antiga, tanto quanto sua omissão nas redações do Regimento Interno do CARF e no último Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes é irrelevante. É assim porque, antes como agora, não há outorga, por meio de lei, de competência a este órgão julgador administrativo para aplicar inconstitucionalidade declarada na via incidental, exceto após um dos pronunciamentos acima mencionados.

Aos que dão relevância à redação do Regimento Interno atual, ao ponto de verem nele autorização para aplicar, de forma ampla, inconstitucionalidade incidental, sublinho que portaria ministerial nunca poderia ir a tanto. Se a partir da Portaria MF nº 147/2007 os Conselhos de Contribuintes passaram a ter poder para aplicar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 – o que teria continuado com o atual Regimento do CARF - é porque já tinham antes. Tal poder há de ser visto noutro ato legal, nunca no ato infralegal que é o Regimento Interno.

## **EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO.**

Como relatado, a Recorrente defende que sejam excluídos da base de cálculo os valores correspondentes ao seguinte: 1) receitas de reavaliação de ativos imobiliários, item no qual será considerado art. 32 da Lei nº 10.637/2002; 2) rendimentos auferidos nas aplicações financeiras, incluindo a remuneração dos investimentos do Programa Administrativo; 3) recuperação de despesas; 4) receitas assistenciais; e 5) contas “Recursos utilizados assistenciais” e “Constituição de provisões técnicas assistenciais.

### **1) Receitas de reavaliação de ativos imobiliários**

Segundo a ordem das matérias acima elencadas, trato primeiro das receitas de reavaliação da carteira imobiliária, ponto no qual entendo assistir razão à Recorrente. Repito interpretação adota no Acórdão nº 203-12350, Recurso nº 127.544, sessão de 15/08/2007, decidido por maioria.

Segundo o § 1º referido, “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” (negrito ausente no original).

A expressão “auferidas” é de extrema importância, porque os valores de reavaliação da carteira imobiliária, enquanto não realizados, não se constituem em receita auferida. Somente por ocasião da realização, o que pode ocorrer, por exemplo, pela venda do ativo, é que tais valores passam a integrar base de cálculo da Contribuição. Neste ponto cabe reformar a decisão recorrida, para permitir a dedução da base de cálculo.

Na situação dos autos, a fiscalização, levando em conta o art. 32 da Lei nº 10.637/2002<sup>1</sup> (equivalente ao art. 35 da MP nº 66, de 29/08/2002, neste sem o parágrafo único, introduzido por ocasião da conversão da Medida Provisória na Lei), já promoveu as exclusões a partir de agosto de 2002. Assim, cabe excluir os valores apenas nos períodos anteriores (até julho de 2002).

## 2) rendimentos auferidos nas aplicações financeiras

A Lei nº 9.718/98, art. 3º, §§ 6º, III, e 7º, introduzidos, esses dois parágrafos, pela MP nºs 1.807, de 28/01/1999 (com eficácia exatamente a partir de fev/99), atual MP nº 2.158-35/2001, determina que (negritos acrescentados):

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

(...)

*§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:*

(...)

*III - no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates;*

(...)

*§ 7º As exclusões previstas nos incisos III e IV do § 6º restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões.*

Todos os benefícios inseridos no inc. III acima transcrito - aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates - integram o programa previdencial. Por isto os rendimentos das aplicações financeiras que retornam ao programa assistencial (benefícios financeiros e de saúde, por exemplo) não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS Faturamento e COFINS. Ainda que as entidades fechadas de previdência estejam autorizadas a desenvolver

<sup>1</sup> Art. 32. As entidades fechadas de previdência complementar poderão excluir da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, além dos valores já previstos na legislação vigente, os referentes a:

I - rendimentos relativos a receitas de aluguel, destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

II - receita decorrente da venda de bens imóveis, destinada ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

III - resultado positivo auferido na reavaliação da carteira de investimentos imobiliários referida nos incisos I e II. Parágrafo único. As entidades de que trata o caput poderão pagar em parcela única, até o último dia útil do mês de novembro de 2002, com dispensa de juros e multa, os débitos relativos à contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins, constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ajuizados ou a ajuizar, referentes a fatos geradores ocorridos até 31 de julho de 2002 e decorrentes de:

I - rendimentos relativos a receitas de aluguel, destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

II - receita decorrente da venda de bens imóveis, destinada ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates;

III - resultado positivo auferido na reavaliação da carteira de investimentos imobiliários referida nos incisos I e II.

programa assistencial – antes pela Lei nº 6.435/77, art. 39, § 1º, e atualmente pela Lei Complementar nº 109/2001, art. 76 -, isto não implica na dedução dos rendimentos das aplicações financeiras dos seus recursos da base de cálculo das duas Contribuições, à vista da Lei nº 9.718/98.

No tocante ao programa administrativo, inexistente dúvida: os valores originais a ele destinados, bem assim os rendimentos de suas aplicações no mercado financeiro, são indedutíveis da base de cálculo.

A referendar a interpretação acima, menciono o Recurso Voluntário nº 119721, Acórdão nº 203-12067, sessão de 23/05/2007, onde por maioria esta Câmara decidiu negar provimento a apelo do sujeito passivo, num processo do PIS Faturamento relatado pelo ilustre Conselheiro Odassi Guerzoni Filho.

### 3) Recuperação de despesas

A Recorrente pretende sejam excluídos os valores que considera ser recuperação de despesas, refere-se às contas 4.2.1.1.01-Consultas e Honorários Médicos, 4.2.1.1.02-Exames e Terapias, 4.2.1.1.03-Demais Utilizações Assistenciais e 4.2.1.1.04-Ressarcimento. Menciona como amparo legal o inc. II do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, cuja redação é a seguinte:

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

(...)

*§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*

(...)

~~*II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;*~~

*II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

Como as rubricas em questão contemplam valores de dispêndios com o plano assistencial de saúde, enquanto o inc. II cuida de exclusões genéricas, aplicáveis a todas as pessoas jurídicas, apresenta-se deveras derrazoada a pretensão.

4 e 5) Receitas assistenciais, contas “Recursos utilizados assistenciais” e “Constituição de provisões técnicas assistenciais”

Por fim, também não cabe dar razão à Recorrente em relação aos dois últimos itens das exclusões, aqui tradados em conjunto por se relacionarem com o plano assistencial.

Embora seja certo que as entidades fechadas de previdência autorizadas a desenvolver programa assistencial de saúde têm direito às deduções próprias da Operadores de Planos de Saúde, estabelecidas no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, tais deduções não possuem a amplitude defendida na peça recursal, que abrangeria as receitas assistenciais e as contas “Recursos utilizados assistenciais” e “Constituição de provisões técnicas assistenciais”, do grupo contábil 4.2.

Tais deduções, aplicáveis a partir do período de apuração dezembro de 2001 haja vista a determinação expressa do art. 92, IV, “a”, da MP nº 2.158-35/2001, contempla custos e despesas relativos aos eventos com os associados da própria Operadora de Plano de Saúde.

Cabe observar a redação do referido § 9º, que é a seguinte:

*§ 9º - Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, as operadoras de planos de assistência à saúde poderão deduzir:*

*I - co-responsabilidades cedidas;*

*II - a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas;*

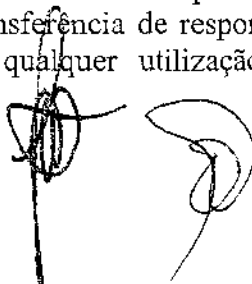
*III - o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades.*

O inciso I do § 9º em comento corresponde a valores pagos por uma Operadora de Plano Privado de Assistência à Saúde (OPS), na qualidade de cedente, a outras operadoras, cessionárias, pelo atendimento prestado por estas aos usuários ou clientes do plano de saúde da primeira.

Quanto ao inciso II, relativo à dedução da parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões, corresponde à parte das contraprestações recebidas dos participantes do plano de saúde, que conforme as normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) são reservadas às provisões (ou “garantias financeiras”, na expressão também utilizada pela ANS).

A ANS expediu a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 77, de 17/07/2001, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 19/07/2001 e republicada no DOU de 25/07/2001, cujos arts. 4º e 12 tratam das provisões técnicas que podem ser excluídas das bases de cálculo do PIS e da Cofins, sendo que a dedução do inciso II não é simplesmente o somatório das provisões técnicas na RDC nº 77/2001, mas a **parcela** das contraprestações pecuniárias destinada à constituição dessas provisões.

Por último o inciso III, igual à diferença entre duas quantias: 1) a efetivamente paga, pela Operadora de Plano de Saúde cessionária, aos seus conveniados, profissionais e empresas de saúde, relativamente aos eventos realizados com associados de outras operadoras (as cedentes) e 2) a quantia correspondente às importâncias recebidas, pela cessionária, das operadoras cedentes, a título de transferência de responsabilidade ou intercâmbio. Aqui, um esclarecimento: evento é toda e qualquer utilização, pelo beneficiário, das coberturas



proporcionadas pelo plano, tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, terapias etc.

A diferença entre 1 e 2 deve ser, necessariamente, positiva, para que a dedução estabelecida no inciso III seja permitida. É que, se negativa, os recebimentos da cessionária já cobrem os dispêndios com os eventos praticados com associados das cedentes, descabendo a dedução em análise.

Como a Recorrente, durante a fiscalização e no decorrer deste processo, não demonstrou o valor de qualquer das parcelas correspondentes aos três incisos acima, não há como acolher as deduções pretendidas neste tópico.

### CONCLUSÃO

Pelo exposto, dou provimento parcial para cancelar, em face da decadência, os períodos de apuração até maio de 2000, e para excluir da base de cálculo da Contribuição, nos períodos de apuração até julho de 2002, os valores de reavaliação de investimentos imobiliários.

  
Emanuel Carlos Dantas de Assis