



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13808.000644/2001-43
Recurso nº 232.308 Especial do Procurador
Acórdão nº **9303-01.313 – 3ª Turma**
Sessão de 31 de janeiro de 2011
Matéria COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado VIRTUALITIES TRADING COMERCIAL LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/04/1999, 31/05/1999

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. DECISÃO DEFINITIVA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal, através do seu órgão plenário, já se posicionou de forma definitiva quanto à inconstitucionalidade do disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, com a reafirmação da sua jurisprudência, no julgamento do RE nº 582.235/MG, reconhecido como de repercussão geral, tendo se deliberado, ainda, neste caso, pela edição de súmula vinculante.

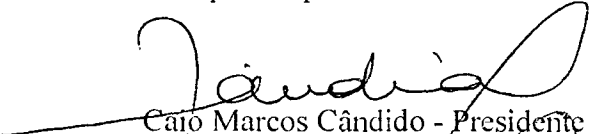
APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 4º DO DECRETO Nº 2.346/1997 E DO ARTIGO 62 DO RICARF.

Nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/1997, *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.* Esse entendimento é corroborado pelo disposto no artigo 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, que permite aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação, sob fundamento de inconstitucionalidade, de dispositivo que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

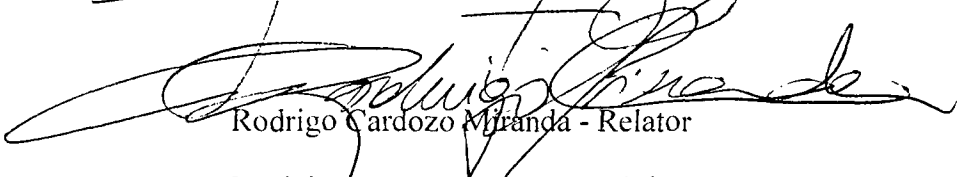
Recurso Especial do Procurador Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso especial, por não ter sido demonstrada contrariedade à lei.



Caio Marcos Cândido - Presidente Substituto



Rodrigo Cardozo Miranda - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Susy Gomes Hoffmann, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Gilson Macedo Roscnburg Filho, Leonardo Siade Manzan, Rodrigo Cardozo Miranda, Henrique Pinheiro Torres, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López e Caio Marcos Cândido.

Relatório

Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional (fls. 315 a 332) contra o v. acórdão proferido pela Colenda Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 299 a 313) que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário para determinar o cancelamento do auto de infração.

A ementa do v. acórdão ora recorrido, que bem resume os termos da presente controvérsia, é a seguinte:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

Processo devidamente amparado por MPF-F regular nos teimas da Portaria SRF nº 1.265/99.

NULIDADE DE DECISÃO.

Compete essencialmente ao julgador decidir a questão de mérito, estampada, como regra, no pedido do autor. Questões prévias se caracterizam, pela indispensabilidade de sua resolução para que outras questões possam ser examinadas e decididas. Ausência de questionamento de matéria alegada pela autuada, dispensável para a solução da lide, sob a ótica do julgador, não torna a decisão nula.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 32 da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006. Os resultados com operações de venda e compra de títulos da dívida pública em moeda estrangeira — Notas do Tesouro dos Estados Unidos da América - 'T-Bill' caracterizam-se como receitas financeiras, não sujeitas à incidência da contribuição.

Recurso provido. (grifos e destaques nossos)

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs o já mencionado recurso especial, apontando, em síntese, a legitimidade das alterações previstas na Lei nº 9.718/98, a violação ao disposto no artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, e a inaplicabilidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ao caso em tela. Neste último ponto, aliás, a Fazenda Nacional fez remissão aos termos do voto vencido, proferido pelo Ilustre Conselheiro Antonio Carlos Atulim.

O recurso especial foi admitido através do r. despacho de fls. 334 a 335.

Contra-razões às fls. 340 a 350.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda, Relator

No tocante aos requisitos de admissibilidade, entendo que o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional não merece ser conhecido.

Inicialmente, cumpre salientar que a autuação se deu pelos seguintes motivos, conforme a Descrição dos Fatos contida no auto de infração, fls. 88 e 89, *verbis*:

DESCRIÇÃO DOS FATOS

Nas funções de Auditor Fiscal da Receita Federal , em atendimento ao contido na FM supra e após análise de livros e documentos entregues a esta fiscalização constatamos o que segue:

DOS FATOS •

O contribuinte acima qualificado no período compreendido entre 09/04/99 a 20/05/99 vendeu Notas do Tesouro dos Estados Unidos da América ,cada uma denominada "T-Bill" , de sua propriedade, às empresas abaixo especificadas no montante total de R\$ 36.103.573,00 de acordo com Contratos de Compra e Venda de Notas do Tesouro dos Estados Unidos em anexo apresentadas pela empresa em tela e também extratos bancários da mesma sem recolher a contribuição para o COFINS:

As "T-Bill" se encontravam registradas em seu Ativo Realizável a Curto Prazo à conta nº 1.1.2.003.00001 sob a rubrica "Investimentos no Exterior", constante de seu Livro Diário nº 05, registrado na Jucesp sob nº 167679 em 24/10/2000.

(...)

DO DIREITO

*De acordo com a **Lei 9.718** de 27/11/98 temos :*

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 a receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes os tipos de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas."

Art. 8º - "Fica elevada para tres por cento a alíquota da COFINS."

BASE DE CÁLCULO

Pelo acima exposto, constituímos o crédito tributário referente à falta de recolhimento do Cofins utilizando-se as seguintes bases de cálculo:

Data Valor (R\$) Data Valor (R\$)

09/04/99 2.469.600,00

05/05/99 5.187.000,00

12/04/99 5.235.000,00

13/05/99 5.870.000,00

16/04/99 4.316.000,00

20/05/99 2.382.000,00

03/05/99 5.100.000,00

20/05/99 6.062.030,00

ENQUADRAMENTO LEGAL

Lei 9.718 de 27/11/98 e art. 226 do RIR199 aprovado pelo Decreto nº 3000/99. (grifos e destaques nossos)

Depreende-se dos excertos acima grifados e destacados, bem como dos v. acórdãos proferidos pela DRJ (fls. 218 a 222) e pela Câmara *a quo* (fls. 308 a 311), que a exigência nos presentes autos tem como premissa que os títulos negociados, ensejadores da receita que seria submetida à tributação pela COFINS, eram de propriedade do contribuinte.

Demais disso, sendo de propriedade da contribuinte, o resultado das vendas deveria ser considerada "receita bruta" nos termos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Ou seja, configuraria base de cálculo da COFINS porquanto *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*.

Essas foram as premissas da exigência formulada nos presentes autos.

De se destacar, nesse sentido, o seguinte excerto do voto proferido no v. acórdão recorrido pela Ilustre relatora, Conselheira Maria Teresa Martínez López, *verbis*:

(...)

MÉRITO

O mérito se restringe a incidência ou não da Cofins sobre a receita de venda, pela recorrente, de títulos emitidos pelo Tesouro dos Estados Unidos da América do Norte ("Treasury Bills" ou T-Bills).

O entendimento esposado pela decisão recorrida é a de que a recorrente "adquiriu e alienou as mencionadas Notas do Tesouro dos Estados Unidos da América do Norte agindo em seu próprio nome, a teor dos contratos de compra e venda de T-Bills que integram os autos. E ainda, a de que "Também é possível estabelecer que, no âmbito da Lei nº 9.718, de 1998, a universalidade das receitas submete-se à incidência da Cofins, tendo o legislador expressamente anotado os tratamentos diferenciados, neles não se enquadrando as operações com T-Bills".

Penso que a questão possa ser resolvida no âmbito do disposto na Lei nº 9.718, de 1998, mais especificamente, a do art. 3º, § 1º, recentemente julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porque, pela documentação acostada nos autos, bem como pela insuficiente precisão dos dados apresentados pela respeitável fiscalização, contestável se afirmar ter a recorrente atuado como intermediária na negociação dos títulos do Tesouro Americano. Se por um lado, as operações foram efetuadas, utilizando recursos de terceiros, fato este que se pode comprovar pela contabilidade apresentada (fls. 252/254), pela ausência de recursos próprios para comprar títulos, dependendo essencialmente do depósito bancário do comprador para efetivar a compra, por outro lado, inexistente certeza quanto a origem desses valores.

Destarte, na falta de elementos de convicção, poder-se-ia concluir que quando a autuada efetivou a compra dos títulos, o fez, com depósitos de terceiros, interessados na compra desses títulos. Nesse raciocínio, claro que as importâncias referentes aos depósitos constantes dos extratos bancários da conta de, pessoa jurídica não são receitas da autuada, quando esses depósitos se refiram a finalidade específica de efetivar a intermediação de transações com Títulos e Valores Mobiliários, transações estas ditas SAME-DAY ("Mesmo Dia") no mercado financeiro. Estranhamente, verifica-se, também, na contabilidade que a autuada não realizou lucro na compra e venda dos títulos. Aliás, pela análise da declaração de IRRJ, a empresa não deteve outras "receitas" no exercício financeiro, sendo que ao final do ano, pela documentação juntada, apurou prejuízo.

Neste caso, apenas para argumentar, se correto é o entendimento de que a autuada procedeu como mera intermediária na negociação dos títulos do Tesouro Americano, é bem verdade inexistir nos autos qual seria o ganho na

operação de compra e venda (diferença entre a compra e a revenda).

Por outro lado, penso que a matéria deixa de ter importância, na medida em que, a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

(...)

Depreende-se do excerto acima que pouco importa, para deslinde da presente controvérsia, se o contribuinte auferiu receitas apenas com a intermediação das *T-Bills* ou se, efetivamente, todas as receitas eram suas, nos termos da declaração de voto proferida pelo Ilustre Conselheiro Antonio Carlos Atulim na instância *a quo*. fato é que a premissa do lançamento foi o disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Este dispositivo, como se sabe, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que limita a eficácia da decisão às partes do litígio. É de se notar, todavia, que este entendimento já foi objeto de decisões reiteradas pela Excelsa Corte, tendo sido, inclusive, cristalizado de forma definitiva pelo seu órgão plenário, com a reafirmação da jurisprudência no julgamento do RE nº 582.235/MG. reconhecido como de repercussão geral, tendo se deliberado, ainda, pela edição de súmula vinculante:

***Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da 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. (grifos e destaques nossos)*

Aplicável à espécie, portanto, o disposto no parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/1997:

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.

Nos mesmos termos, aliás, é o disposto no artigo 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009:

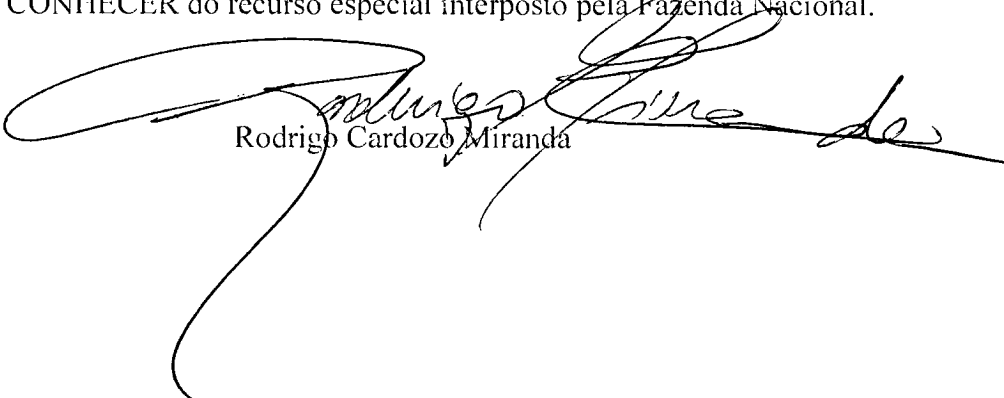
Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

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

(...)

Por conseguinte, em face de todo o exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.


Rodrigo Cardozo Miranda