



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 18471.001536/2002-31
Recurso n° 137.647 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão n° 203-12.658
Sessão de 12 de dezembro de 2007
Recorrente FERTECEO MINERAÇÃO S/A (INCORPORADA PELA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD)
Recorrida DRJ NO RIO DE JANEIRO II/RJ

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/1999 a 31/12/2001

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO PLENO DO STF. CONTROLE DIFUSO. APLICAÇÃO PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. POSSIBILIDADE.

Nos termos do art. 49 do Regimento Interno do Conselho dos Contribuintes, é possível a aplicação nesta instância administrativa de decisão plenária do STF, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, desde que seja do Pleno daquela Corte Suprema.


PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO.

Nos termos decididos nos Recursos Extraordinários n.s 357950, 390.840, 358.273 e 346.084, que declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo do PIS e da Cofins é o faturamento do pessoa jurídica.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis (Relator), Odassi Guerzoni Filho e José Adão Vitorino de Moraes (Suplente). Designado o Conselheiro Eric Moraes Castro e Silva para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral, pela Recorrente, o Dr. Breno Ladeira Kingma.



DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Vice-Presidente no exercício da Presidência



ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luciano Pontes de Maya Gomes, Jean Cleuter Simões Mendonça e Alexandre Kern (Suplente).

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), períodos de apuração de 30/06/1999 a 31/12/2001, no valor de R\$ 11.874.847,85, incluindo juros de mora e multa de ofício de 75%.

Conforme o Termo de Constatação Fiscal de fl. 09, o lançamento decorre de divergências na base de cálculo, demonstradas nas planilhas de fls. 10/12 e relativas a ganhos em variação cambial registrados sobre direitos e obrigações em moeda estrangeira (contas 57210, 57220, 57240 e 0008-7100) e a receitas de aplicações financeiras (contas 0008.6300 e 0008.6400).

No referido Termo, o Auditor-Fiscal consignou que, segundo o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, os ganhos e receitas integram a receita bruta, independente da classificação contábil adotada pelo contribuinte; que o fato de os saldos dessas contas resultarem devedor ao final de um determinado período de apuração não autoriza que as receitas auferidas deixem de ser computadas, já que ganhos, perdas, lucros, prejuízos cambiais e financeiros foram contabilizados indistintamente a débito ou a crédito das mesmas contas; e que para as receitas das aplicações financeiras dos meses de março, setembro, novembro e dezembro de 1999, os saldos devedores dessas contas foram excluídos da receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo, fato que contraria o § 2º do citado artigo.

A contribuinte contestou o lançamento, apresentando impugnação em 12/08/2002 e aditando-a em 30/08/2002 e 21/11/2003, trazendo nas duas oportunidades novos documentos que requereu juntar aos autos.

Na peça impugnatória inicial alega a improcedência do Auto de Infração, combatendo o alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718/98. Também protesta pela juntada de prova documental suplementar, "visando comprovar os erros do fiscal atuante".

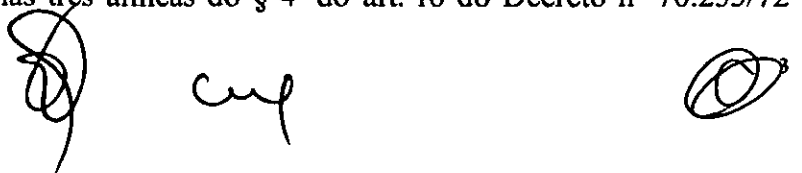
No primeiro aditamento à impugnação, apresenta cópias de balancetes analíticos do ano 1999, meses de março, abril, setembro, novembro e dezembro, e de Darf comprovando pagamentos não computados pela Fiscalização.

Justifica a apresentação a destempo dos balancetes analíticos afirmando que, conforme salientado na impugnação, o Fiscal entendeu que teria sido oferecido à tributação, em 1999, receitas financeiras (contas 0008.6300 e 0008.6400) em valor inferior ao devido, e que na oportunidade juntou apenas planilha comparativa entre os valores apontados pelo Fiscal e os valores dos balancetes analíticos.

Quanto ao segundo aditamento, foi apenas para juntar cópia da Ata de Assembléia Geral que aconteceu em 27/08/2003 e se refere à incorporação da autuada pela Companhia Vale do Rio Doce.

A 5ª Turma da DRJ julgou o lançamento procedente.

Rejeitou as alegações da impugnação e, inclusive, não conheceu da petição apresentada em 30/08/2002 (primeiro aditamento à impugnação), por não ver caracterizada nenhuma das hipóteses previstas nas três alíneas do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72



(impossibilidade de apresentação oportuna do documento, motivo de força maior ou documento destinado a contrapor fatos ou razões trazidos posteriormente aos autos).

Dos dois aditamentos à peça impugnatória inicial, a DRJ conheceu somente dos Darfs, por já constarem dos sistemas eletrônicos da Receita Federal, e do documento referente à incorporação da autuada pela Companhia Vale do Rio Doce, por se referir a fato novo, posterior ao prazo da impugnação.

O Recurso Voluntário, tempestivo, inicialmente, argüi a nulidade da decisão recorrida, por não ter analisado elementos fáticos levantados na impugnação (item "F", fls. 46/48), relativos a erros apontados no trabalho fiscal, na apuração da base de cálculo da contribuição, mais especificamente nos valores das receitas financeiras dos meses de janeiro, fevereiro, abril e maio de 1999.

Destaca que a alegação foi apresentada na peça impugnatória inicial, mas não foi analisada pela DRJ sob o argumento de que o art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, não permitiria a apresentação posterior dos balancetes analíticos. Considera o dispositivo legal inaplicável à situação, já que a Fiscalização teve acesso prévio aos documentos juntados *a posteriori*. Afirmar que tal juntada visou facilitar a investigação da Fiscalização, requerendo a reforma da decisão recorrida, a fim de que a Fiscalização apure a real base de cálculo do tributo.

Quanto aos Darfs apresentados, defende que todos devem ser considerados para abater o valor do Auto de Infração ou, do contrário, poderá haver pagamento em duplicidade.

No mais, a recorrente repisa argumentos no sentido da impossibilidade de se tributar receitas financeiras e de ganhos de variação cambial.

Ao final, requer "*diligência para a apreciação da sua Impugnação, no ponto que demonstra o equívoco do fiscal na apuração da base de cálculo da contribuição, conforme planilha apresentada juntamente com a impugnação*"; que o Auto de Infração seja cancelado; ou que o valor dos Darf sejam abatidos do débito.

Em acréscimo ao Recurso Voluntário, em 13/02/2007 a contribuinte clama pela aplicação da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, decretada pelo STF, reiterando o pedido pela improcedência do lançamento (fls. 221/225).

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

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

Como o lançamento contempla apenas receitas tributadas nos termos do alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718/98 (ganhos em variação cambial registrados sobre direitos e obrigações em moeda estrangeira e receitas de aplicações financeiras), uma questão prejudicial que se apresenta é aplicação (ou não), por este Colegiado, da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da referida Lei.

A minha posição é pela impossibilidade de aplicação, nesta oportunidade, de tal inconstitucionalidade, porque decretada pelo STF na via incidental (Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273 e 390.840 relator, para estes três publicados no DJ de 15/08/2006, p. 25, o Min. Marco Aurélio, e 346.084, relator para este último, publicado em 01/09/2006, o Min. Ilmar Galvão) e, ao menos até agora, não sobreveio Resolução do Senado nem ato do Poder Executivo afastando, com efeitos, *erga omnes*, o citado dispositivo legal.

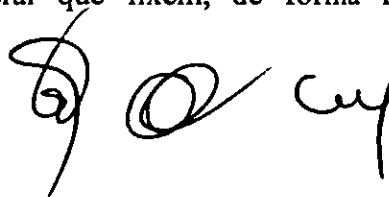
Como a inconstitucionalidade foi declarada na via incidental, cujos efeitos não são *erga omnes*, até que sobrevenha ato do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional cancelando tais lançamentos, conforme autorizado pelo art. 4º do Decreto nº 2.346/97, descabe a este órgão julgador administrativo considerar tal inconstitucionalidade. Outra alternativa, a evitar prejuízos para os cofres financeiros públicos e demora para os contribuintes, é a edição de súmula vinculante por parte do STF, nos termos da recente Lei nº 11.417, de 19/12/2006.

É sabido que somente o Judiciário é competente para julgar inconstitucionalidades, nos termos da Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III, §§ 1º e 2º, deste último.

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, § 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.

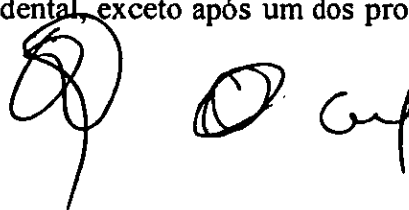
Consoante o referido Decreto, o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida pelo Judiciário em caso concreto. Também o 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, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 4º, parágrafo único do referido Decreto).

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 compete 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 art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007, publicado em 28/06/2007. No Regimento anterior, disposição no mesmo sentido constava do seu arts. 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 novo Regimento Interno, no seu art. 49, parágrafo único, inc. I, introduzir redação que não mais se refere, expressamente, à **ação direta** de inconstitucionalidade – ao contrário do Regimento antigo, cujo art. 22-A, parágrafo único, inc. I, ao mencionar a possibilidade de este órgão administrativo afastar lei declarada inconstitucional se referia expressamente à ação direta -, não vejo relevância na alteração. É que o Regimento Interno, seja o antigo ou o atual, há de ser interpretado 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 a ser extraída do texto do inciso I do parágrafo único do art. 49 do Regimento novo, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, é rigorosamente idêntica à norma retirada do inciso I do parágrafo único do art. 22-A do Regimento anterior, na redação dada pela Portaria MF nº 103/2002. A expressão “ação direta” não precisava constar da redação anterior, tanto quanto sua omissão na redação atual é irrelevante. É assim porque, tanto antes como agora, não há outorga 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 ao novo Regimento, ao ponto de verem nele autorização para aplicar, de forma ampla, inconstitucionalidade incidental, sublinho que portaria ministerial nunca poderia ir a tanto. Se atualmente, após a Portaria MF nº 147/2007, os Conselhos de Contribuintes têm poder para aplicar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é porque já tinham antes. Tal poder há de ser visto noutra ato legal, nunca no referido ato infralegal.

Pelas razões acima, não aplico, ainda, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Se ultrapassada essa questão prejudicial, tenho para mim que, em vez da diligência requerida ao final da peça recursal, o preferível é a anulação da decisão recorrida, por ter a primeira instância deixado de analisar o item "f" da peça impugnatória e os balancetes analíticos cuja juntada foi requerida posteriormente.

A análise dos balancetes, embora posterior à data de protocolo da peça impugnatória, é vital à verdade material que informa o processo administrativo fiscal. Além do mais, é certo que a DRJ deixou de analisar a alegação contida na impugnação (item "f"), segundo a qual a Fiscalização teria cometido erros na apuração da base de cálculo da contribuição. Referida alegação, que inclusive é acompanhada do demonstrativo de fl. 66 (doc. 7, acostado à peça impugnatória inicial), não pode ser desprezada. Deixar de analisá-la, como fez a DRJ, implica em cerceamento do direito de defesa. Daí a necessidade de retorno àquela instância para que, em nova decisão, pronuncie-se sobre a questão, considerando, inclusive, os balancetes analíticos aprestados *a posteriori*.

Pelo exposto, voto por anular a decisão recorrida para que a primeira instância se pronuncie sobre a alegação de erros que teriam sido cometidos pela Fiscalização na apuração da base de cálculo da contribuição (item "f", fls. 46/48, e doc. 7, planilha de fl. 66, todas as referências à peça impugnatória inicial), considerando, inclusive, os balancetes analíticos apresentados posteriormente.

Sala das Sessões, em 12 de dezembro de 2007.


EMANUEL CARLOS DANÇAS DE ASSIS



Voto Vencedor

Conselheiro, ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA, Relator-Designado

No julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 que instituiu a receita bruta como base de cálculo para o PIS e a Cofins.

Hoje, decisões plenárias do STF, mesmo que em sede de controle difuso, são passíveis de serem aplicadas nesta instância administrativa, nos termos do atual Regimento Interno do Conselho de Contribuintes.

Isto porque, visando prestigiar os nobres princípios da celeridade e segurança jurídica, além de buscar diminuir a litigiosidade das pretensões envolvendo a Fazenda Nacional, o Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, através da Portaria MF n. 147, de 25 de junho de 2007, introduziu a possibilidade deste Tribunal Administrativo aplicar às lides que lhe são submetidas decisão do Supremo Tribunal proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que seja oriunda do Pleno da Suprema Corte.

Tal inovação veio prescrita no art. 49, parágrafo único, inc. I do novo Regimento, *verbis*:

"Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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;

(...)" (original sem destaque)

Ressalte-se que o dispositivo acima não está deferindo ao Conselho de Contribuintes a competência de afastar a aplicação de norma cogente sob o pejo de inconstitucionalidade, o que não seria possível por força a separação dos Poderes Constituídos, nos termos, inclusive, da jurisprudência sumulada deste Conselho.

Na hipótese, o afastamento da norma tida como inconstitucional foi realizada por quem tem competência institucional para tanto, no caso o Supremo Tribunal Federal. O novo Regimento apenas autoriza a aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade havida pelo Pleno do STF aos casos submetidos ao Conselho de Contribuintes.



E que não se alegue que a decisão plenária do Supremo Tribunal mencionada no art. 49, p. único, I do Regimento se refere apenas a decisão oriunda do controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos são notoriamente *erga omnes* e vinculantes.

Tal interpretação era possível apenas sob a égide do antigo Regimento do Conselho de Contribuintes, que no seu revogado art. 22-A – o qual este relator sempre se curvou – mencionava expressamente o controle concentrado ou, em caso de controle difuso, apenas após a edição de Resolução pelo Senado Federal, como sendo as hipóteses em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF atingiam este Tribunal Administrativo.

Para demonstrar a evolução introduzida pelo novo Regimento e lastrear a necessária interpretação histórica que exige o caso, pede-se vênua para transcrever de forma comparativa o antigo e o novo Regimento, *verbis*:

REGIMENTO INTERNO REVOGADO

Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

(...)

REGIMENTO INTERNO ATUAL:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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;

(...)

Assim, na ótica deste julgador não há outra interpretação possível com a nova redação, isto é, hoje *deve* o Conselho de Contribuintes nos seus julgados aplicar os efeitos de declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Pleno do Supremo, independentemente de tal decisão ser oriunda do controle concentrado ou difuso.

Ressalto que é um *dever* do Conselho de Contribuintes porque interpretação divergente significa - *contraditoriamente* - afastar por inconstitucionalidade o novo Regimento, o que não permite o *caput* do multicitado art. 49 e, repita-se, a própria jurisprudência sumulada deste Tribunal.

Por fim, registre-se que o entendimento aqui desenvolvido é absolutamente harmônico com os dispositivos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais.

Isto porque, o referido Decreto, no parágrafo único do seu art. 4º, determina que o julgador administrativo afaste lei, tratado ou ato normativo federal declarado inconstitucional pelo Supremo, nos seguintes termos:

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 " (original sem destaque).

Vê-se, assim, que não há antinomia entre o Decreto n. 2346-97 e o novo Regimento. Pelo contrário, eles se harmonizam, já que a norma acima mencionada não exige o controle concentrado, assim como não o faz o novo art. 49 do Regimento.

Ressalte-se, ainda, que o presente entendimento está de acordo com o prestigiado na sessão de outubro de 2007 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, que pela primeira vez tratou da aplicação do novo Regimento Interno justamente em julgamento referente ao alargamento da base de cálculo da Cofins.

Por todo o exposto julgo parcialmente procedente o presente Recurso Voluntário para que seja expurgado do Auto de Infração originário os valores não oriundos da venda de mercadorias e serviços da Recorrente, isto é, que apenas o faturamento da contribuinte componha a base de cálculo do PIS e da Cofins.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de dezembro de 2007.


ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA