



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

Processo nº 19515.001430/2002-47
Recurso nº 259.510 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.330 -- 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de março de 2010
Matéria COFINS
Recorrente FUNDAÇÃO ANGLO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA DE SÃO PAULO
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/06/2002

RECEITAS FINANCEIRAS. BASE DE CÁLCULO ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº. 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EFEITOS.

Deve ser aplicada por este Conselho, com a permissão que se deduz da norma de vedação inculpada no art. 62, I, do Regimento Interno deste Conselho, a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, declarada em decisão plenária pelo Supremo Tribunal Federal, 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, com o conseqüente cancelamento da exação, por se tratar de receitas financeiras, somente tributáveis após a edição da Medida Provisória nº 135/2003.

APLICAÇÕES FINANCEIRAS. ATIVIDADE PRÓPRIA. ISENÇÃO

Mobilizar recursos financeiros distintos tendo em vista seu acréscimo é atividade imanente na gestão do patrimônio de uma fundação, de forma a torná-lo um capital ativo, sem o que os recursos disponíveis sujeitam-se a deterioração em face do ambiente inflacionário da economia. É atividade própria, a receber o amparo isentivo do art. 14, X, da MP nº 2.158/2001.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, para cancelar o lançamento.


Alexandre Kern - Presidente


Belchior Melo de Sousa - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Henrique Martins de Lima, Belchior Melo de Sousa (Relator), Daniel Maurício Fedato, Hécio Lafetá Reis e Rangel Perrucci Fiorin.

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário objetivando a reforma do Acórdão de nº 08-12.189, de 09 de novembro de 2007, da DRJ/Fortaleza-CE, fls. 184 a 191, que indeferiu o pedido de restituição e não homologou as compensações, em face da manifestação de inconformidade de fls. 159 a 176.

O auto de infração foi lavrado para prevenir os efeitos da decadência, portanto sem multa de ofício, amparada que estava a contribuinte por Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 1999.61.00.014388-9, da 6ª Vara Cível da Justiça Federal.

Teve como base legal os arts. 2º, 3º e 8º, com as alterações promovidas pelas Medidas Provisórias nº 1.807/99 e suas reedições, bem assim da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições. A base material que suscitou o lançamento foram as receitas financeiras da entidade, conforme descreve o nobre Auditor autuante no Termo de Verificação Fiscal, fl. 200:

“Por exclusão, para o período aqui lançado, as únicas receitas da fundação que constituem base de cálculo da COFINS são as receitas financeiras.”

Discutidos na decisão recorrida, basicamente, as questões da: i) nulidade do lançamento em descumprimento de ordem judicial, face ao provimento obtido com a liminar, com incidência dos juros de mora em afronta ao art. 151, IV; ii) inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, por ferimento ao princípio da hierarquia das leis; foram todos os termos da Defesa rebatidos e mantido o lançamento na sua integralidade.

Cientificada da decisão em 25 de abril de 2008, irresignada, apresenta a interessada o presente recurso voluntário, fls 301 a 326, em 21 de maio de 2009, em que milita com os seguintes argumentos:

a) é nulo o acórdão recorrido, com fulcro no art. 59, inciso II, e § 1º, do Decreto nº 70.235/72, por violar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, em face de sua afirmação de que houve recusa de apreciar fundamentos que sequer estavam sob discussão nos autos, restando patente o erro material incorrido;

b) no mérito, contesta a possibilidade de se tributar as receitas financeiras auferidas pela recorrente decorrente da ampliação da base de cálculo pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98;

c) as receitas financeiras não podem ser desconsideradas como de atividades próprias, para o fito de se afastar a isenção concedida pelo art. 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158/2001, eis têm sua origem nas mensalidades dos cursos promovidos e em doações e que auferidas são aplicadas no desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

d) não sendo dado provimento a ambas as questões acima, que se considere inaplicável o adicional de 1%, por inconstitucionalidade que decorrerá da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Belchior Melo de Sousa, Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço.

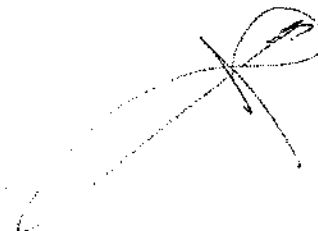
Quanto à nulidade, pertinente a observação da recorrente no tocante à violação dos princípios constitucionais evocados, porquanto, embora correta em não imiscuir-se nas questões levadas ao judiciário, deixou a decisão combatida de apreciar a isenção invocada pela impugnante, concedida sobre as receitas das atividades próprias das fundações de direito privado, pelo art. 14, inciso X, da Medida Provisória nº 1.858/99, a partir de fevereiro de 1999.

Todavia, com finco na teoria da causa madura, não se acolhe o pedido de nulidade do acórdão recorrido.

Aplicar recursos temporariamente disponíveis em aplicações financeiras não é atividade que esteja no bojo de qualquer objeto social de entidade ou empresa. Entretanto, inafastavelmente, em havendo tais disponibilidades de caixa ou bancárias é procedimento inerente a qualquer gestão administrativa-financeira das pessoas jurídicas. É princípio lapidar que o patrimônio com que se constitui uma fundação deve ser administrado na forma de capital ativo, significando isto fazê-lo de forma a gerar acréscimos para que o ente melhor venha a cumprir seus desideratos. Desse modo, entendo que as receitas financeiras, mesmo sendo procedimento permanente a mobilizar recursos distintos, tendo em vista seu acréscimo, é atividade imanente na gestão do patrimônio, sem o que o capital sujeita-se a deterioração em face do ambiente inflacionário da economia. Considero, portanto, como atividade própria, a receber a guarida do art. 14, X, da MP nº 2.158/2001.

Além disso, no marco de tempo em que nos encontramos, toda a controvérsia que se trava neste processo tem seu deslinde inda mais facilitado, pois considero que resumiu-se a um núcleo que já recebeu o golpe fatal da Corte Suprema: a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98: a tributação de receitas financeiras.

A declaração de inconstitucionalidade, proferida no RE nº 346.046 foi tomada pelo Pleno daquele Tribunal, em novembro de 2006. Julgando, posteriormente, questão de ordem no RE nº 585.235, em 10 de setembro de 2008, o STF, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional, reafirmando a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º da Lei nº 9.718/98. Com esse reconhecimento, o Tribunal está a anunciar que a causa é provida de interesse geral pela sua conclusão, vale dizer, de interesse público, e não somente dos envolvidos no litígio, deixando de afetar apenas as partes envolvidas no processo.



O art. 543-A, do CPC reza que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal [STF]”.

Desse modo, as circunstâncias destes julgados tornam a decisão, além de definitiva, da qual não cabe recurso, também inequívoca, como o exige o art. 1º, caput, do decreto nº 2.346/97, ao regular os efeitos dos julgados do STF, para a Administração Pública, *verbis*:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto. [grifo nosso]

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º 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 em caso concreto.

[...]

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

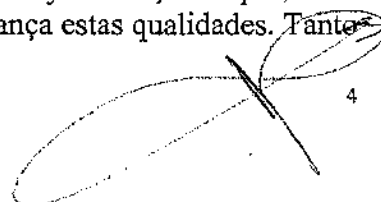
Buscando-se o alcance dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º deste Decreto, na leitura do seu conteúdo, pode-se depreender que tratam não mais que do **momento inicial da produção dos efeitos de decisão com eficácia ex tunc**, ressaltando a prescribibilidade das pretensões ou decadência de direitos: com o trânsito em julgado, se no controle concentrado; após a publicação de Resolução do Senado, suspendendo a execução da lei declara inconstitucional.

O § 3º trata da prerrogativa do Chefe do Executivo Federal para estender os efeitos de decisão em caso concreto

Já o art. 2º concede prerrogativa ao Advogado-Geral da União para expedir súmulas com base em jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Assim, quanto aos dois primeiros parágrafos, pode-se concluir que não estão eles definindo o que seja o significado dos termos, “*inequívoca*” e “*definitiva*”, no *caput*, nem para indicar a unicidade dos mecanismos pelos quais a decisão alcança estas qualidades. Tanto

CP



não está que é concedida ao Chefe da Administração Pública Federal, o Presidente da República, a prerrogativa contida no § 3º, do art. 1º, à margem, claramente, dos trâmites delineados pelos parágrafos 1º e 2º.

De semelhante modo, a prerrogativa à Advocacia-Geral da União, contida no art. 2º, com fundamento apenas em jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Interpreto, então, que as prerrogativas concedidas às autoridades mencionadas no art. 4º, *caput* e parágrafo único, não estão condicionadas ao efeito *erga omnes* decorrente do itinerário da Ação nos mecanismos descritos nos §§ 1º e 2º, do art. 1º, do referido decreto, tendo em conta que estes não estão a definir, como acima dito, o que seja a definitividade da decisão. Veja-se o texto do art. 4º:

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. [grifo nosso]

De modo semelhante, o art. 49, I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, veiculado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, já prescrevia que a aplicação de lei declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, podia ser afastada por membros das turmas de julgamento, *verbis*:

Art. 49. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do 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; ou

Para De Plácido e Silva “a *decisão definitiva*, mesmo que não tenha ocorrido em caráter de *decisão final*, possui o mesmo sentido de sentença, pois que, terminado o feito, mostra a conclusão a que chegou o julgador, consistente no julgamento parcial ou total da causa, atendendo ou impugnando o pedido, ou prejudicando, porque resolveu *ponto essencial*, que nele se continha”.

Bem verdade que tal preceito não suscitava a perfeita segurança ao julgador de qualquer instância, e, ante convicção não firmada deixou de ser aplicado por muitos.

Presentemente, a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, alterando as disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, veio espancar a dúvida existente, eis que recepcionando o próprio teor do que dispunha o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, estabelece:

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;

O Regimento Interno do CARF, Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, reedita os mesmos termos do art. 49 do Regimento Interno dos extintos Conselhos de Contribuintes, agora subsumindo-se ao ditame legal acima.

Para os que defendiam a necessidade uma base legal, e não apenas uma norma em texto de regulamento, agora podem sentir-se amparados para afastar aplicação de lei declarada inconstitucional, sem pretender sujeitar-se a acréscimos que a própria lei não editou, ou seja, à condição de a inconstitucionalidade ser proclamada em controle direto, com trânsito em julgado, ou após resolução do Senado Federal, se em controle difuso.

A matéria tratada neste processo, os juros sobre aplicações financeiras é espécie, entre outras, da que foi o objeto da inconstitucionalidade declarada no RE 346.084, a tributação de receitas que exorbitassem do conceito mais restrito de faturamento, qual seja, a venda de bens, mercadorias e serviços.

O efeito da declaração de inconstitucionalidade alcança todo o período de apuração objeto do presente auto de infração. Do que, pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso.

Belchior Melo de Sousa