



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

Processo nº 19647.008356/2005-37
Recurso nº 234.425 Embargos
Acórdão nº 9303-002.156 – 3ª Turma
Sessão de 18 de outubro de 2012
Matéria COFINS - Não-cumulatividade
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado BR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/1999 a 30/04/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PREQUESTIONAMENTO.

Pressupostos extrínsecos. Há de se rejeitar os embargos de declaração quando ausentes as condições de sua admissibilidade.

Embargos de Declaração Rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Relatora.

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente Substituto

Maria Teresa Martínez López - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Antônio Lisboa Cardoso e Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

Ausentes, justificadamente, a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, e, momentaneamente, o Conselheiro Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Relatório

Trata-se de processo retornado à pauta de julgamento em razão de embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional sob a alegação de ter ocorrido omissão no AC. CSRF 02-03.609, que possui a seguinte redação:

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

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 31/07/2000, 01/05/2000 a 31/07/2000, 01/11/2000 a 31/12/2000, 01/06/2001 a 30/06/2001, 01/11/2001 a 31/12/2001, 01/02/2002 a 31/03/2002, 01/08/2002 a 31/08/2002, 01/10/2002 a 31/01/2003, 01/03/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 30/06/2003, 01/09/2003 a 31/10/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 28/02/2004, 01/04/2004 a 30/04/2004

CORNS. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO.

PARÁGRAFO 1º, ARTIGO 3º, LEI Nº 9.718/98.

INCONSTITUCIONALIDADE. RECEITAS FINANCEIRAS-VARIAÇÕES CAMBIAIS. Com a declaração da inconstitucionalidade do § 1º, artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 – o qual alargou a base de cálculo da COFINS e do PIS - nos autos do Recurso Extraordinário nº 346.084/PR, dentre outros, o

Supremo Tribunal Federal afastou de uma vez por todas a tributação sobre as receitas financeiras/variações cambiais, restabelecendo, por conseguinte, a base de cálculo do PIS e da COFINS como o faturamento, assim entendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. De conformidade com o artigo 49, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, os julgadores desse Colegiado poderão afastar a aplicação de leis ou atos normativos, quando declarados inconstitucionais em sessão Plenária do STF de forma definitiva.

Recurso especial negado.

Alega a embargante que:

A União recorreu a essa CSRF pela via especial a fim de enquadrar como receita a "variação cambial". Entretanto, esse órgão negou provimento ao recurso especial.

A questão referente ao alargamento da base de cálculo instituída pela Lei 9718/98 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal no RE no 390.480/MG, cujo resultado foi pela inconstitucionalidade da referida ampliação da base de cálculo.

Contudo, ressalta-se que o auto de infração também teve como fundamento legal os arts. 1º, 3º e 5º da Lei n.º 10.833/2003 relativamente aos fatos geradores de janeiro a abril de 2004, ou seja, inclusão das receitas decorrentes de "variação cambial" na base de cálculo da COFINS, em razão do regime não cumulativo.

*Ressalta-se, que, atualmente, a COFINS convive com 2 (dois) regimes de tributação: o **cumulativo**, regulado pela Lei nº 9.718/98, e o **não cumulativo**, inaugurado pela Lei nº 10.833/2003, vigente a partir de 01/01/2004, cujo art. 1º, regra*

de exclusão, estabelece quais as pessoas jurídicas e quais espécies de receitas ainda permanecem no regime da cumulatividade.

Ademais, a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF no RE n.º 390.480/MG restringiu-se à Lei n.º 9.718/98 e este precedente não se aplica à COFINS REGIME NÃO-CUMULATIVO que tem por base legal a Lei n.º 10.833/2003, editada quando já em vigor a nova redação do art. 195, inciso I, "b", da Constituição Federal, conferida pela EC n.º 20/98.

A base de cálculo da COFINS não-cumulativa compreende todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, in verbis:

Lei 10833/2003

"Art. 1º. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1.º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º. A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput."

Dessa forma, deve esse órgão se pronunciar sobre os lançamentos efetuados no ano de 2004 com base no regime não-cumulativo da COFINS, pois tal regime engloba todas as receitas auferidas pela empresa na base de cálculo da COFINS, mantendo-se intacto o auto de infração quanto a este período.

Nesses termos, requer a manifestação desse órgão sobre a omissão apontada.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martínez López, Relatora

Trata-se de análise de embargos de declaração, apresentado pela D. Procuradoria da Fazenda Nacional sob o entendimento de ter ocorrido omissão no julgamento proferida pela E. CSRF quando do AC. CSRF 02-03.609.

Passo à análise dos fatos:

Consta do relatório da decisão embargada:

(...)

Irresignada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, As fls. 400/416, com esteio no artigo 32, inciso I, do então Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF no 55/1998, procurando demonstrar a insubsistência do Acórdão recorrido, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Inicialmente, requer seja conhecido seu recurso especial, uma vez observados os requisitos para tanto, eis que o presente lançamento encontra-se arrimado em Diploma legal vigente, qual seja, a Lei nº 9.718/98, inexistindo competência dos órgãos julgadores administrativos para afastar a aplicabilidade de leis a pretexto de inconstitucionalidades, impondo o acolhimento de sua pretensão, sobretudo quando comprovada a contrariedade à lei a seguir demonstrada.

Insurge-se contra o Acórdão atacado, por entender que o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS introduzido pelo parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, é plenamente válido e constitucional, tendo em vista que a) o conceito de receita bruta há muito é considerado pela jurisprudência como equivalente ao conceito de faturamento, não tendo a EC nº 20/98, neste ponto, introduzido mudança significativa, senão no sentido de explicitar a identidade entre os dois conceitos, o que já derivava implicitamente, da redação original do art. 195, da CF; e b) a Lei 9.781/98 só produziu efeitos, no que tange as mudanças na base de cálculo e na alíquota da COFINS e do PIS, em relação a fatos geradores ocorridos após a vigência da EC nº 20/98;

Após traçar histórico da legislação que regulamenta a matéria (exigência do PIS e da COFINS), conclui que o pleito da contribuinte, a propósito da não incidência de tais tributos sobre as receitas relativas as variações cambiais, não pode ser acolhido, mormente quando as expressões faturamento e receita bruta se equivalem, conforme demonstrado ao longo da peça recursal sob análise.

Sustenta que a receita bruta estabelecida pelo Decreto-Lei nº 2.397/87 é suficientemente capaz de contemplar as receitas financeiras, conforme se extrai dos preceitos do artigo 22 daquele Diploma legal, notadamente quando as receitas

financeiras integram a receita operacional da pessoa jurídica e, em se tratando de instituições financeiras e seguradoras, compõem parte substancial da receita operacional.

Contrapõe-se ao decisum guerreado, aduzindo para tanto que a inclusão das receitas financeiras no conceito de faturamento ou receita bruta não é inédita na legislação tributária, consoante restou decidido pelo STF nos autos do RE nº 150.755, reconhecendo que a receita bruta nos termos do DL nº 2.397/87 se traduz em faturamento e se insere dentro do pressuposto constitucional de incidência previsto no art. 195, inciso I, da CF, razão pela qual a base de cálculo insculpida no artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, ao inserir a receita bruta da empresa, não extrapola a competência deferida constitucionalmente A União pelo art. 195, inciso I, da CF.

Infere que a alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS, introduzida pela Lei nº 9.718/98, encontra sustentáculo na nova redação do artigo 195, inciso I, da CF, dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, a qual já se encontrava em vigor à época em que a lei supracitada passou a produzir efeitos.

Aduz que o Acórdão recorrido malferiu o disposto no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, ao aplicá-lo em situação concreta indevida, corno se verifica da jurisprudência judicial trazida A. colação, notadamente quando o termo faturamento é passível de deliberação pelo legislador ordinário, não se cogitando em qualquer inconstitucionalidade no § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, ao contrário do que restou decidido no Acórdão guerreado.

Em defesa de sua pretensão, acrescenta que a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, declarada pelo STF nos autos dos REs n. 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, somente produz efeitos As partes envolvidas naqueles processos, não fazendo coisa julgada em relação a lei supostamente inconstitucional enquanto o Senado Federal não suspender sua executoriedade via Resolução.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do Recurso Especial, impondo a reforma do decisum ora atacado, nos termos encimados.

Consta do voto da decisão ora embargada:

Na esteira desse entendimento, não merece acolhimento o pleito da Fazenda Nacional, sobretudo quando procura discutir a constitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 já devidamente rechaçada pelo Tribunal competente, qual seja, Supremo Tribunal Federal, impondo a esse Colegiado tão somente levar a efeito o posicionamento consolidado pelo Excelso Pretoria na forma procedida pela ilustre Conselheira subscritora do voto condutor do decisum guerreado, com arrimo no artigo 49, parágrafo único, inciso I, do RICC.

Assim, escoreito o Acórdão recorrido devendo, nesse sentido, ser mantido o provimento ao recurso voluntário da contribuinte, na forma decidida pela 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, uma vez que a recorrente não logrou infirmar os elementos que serviram de base ao decisório atacado.

Por todo o exposto, estando o Acórdão guerreado em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA PROCURADORIA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

redação: A ementa do acórdão dos então Conselhos de Contribuintes possui a seguinte

COFINS. VARIAÇÃO CAMBIAL.

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 § 1.º do art. 3.º da Lei n. 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

Recurso provido.

"De acordo com os autuantes, o referido Auto é decorrente da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, com a incidência não-cumulativa para os períodos de 2004, conforme descrito ds fls. 07 a 09 e no Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 16 a 20."

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 31/03/2000, 01/05/2000 a 31/07/2000, 01/11/2000 a 31/12/2000, 01/06/2001 a 30/06/2001, 01/11/2001 a 31/12/2001, 01/02/2002 a 31/03/2002, 01/08/2002 a 31/08/2002, 01/10/2002 a 31/01/2003, 01/03/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 30/06/2003, 01/09/2003 a 31/10/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 28/02/2004, 01/04/2004 a 30/04/2004.

A COFINS não cumulativa (Lei n. 10.833) entrou em vigor em 01/02/2004. Logo, a suposta omissão diz respeito apenas aos períodos de **01/02/2004 a 28/02/2004, 01/04/2004 a 30/04/2004**. Atinge, as pessoas com apuração pelo lucro real e a depender da atividade exercida. Cada caso deve ser analisado por suas próprias características.

Verifico que a suposta omissão ocorreu no acórdão dos então Conselhos de Contribuintes, não embargados pela então Fazenda Nacional.

Percebo também que por ocasião da interposição do Recurso especial da Fazenda Nacional, não houve sequer, alusão à contrariedade à lei de n. 10.833/03. A D. procuradoria embarcou apenas na não aplicabilidade da inconstitucionalidade do art. 3.º da lei n. 9.718/98. O voto guerreado reportou-se a matéria questionada.

Não me parece viável, agora, em sede de embargos de declaração, retomar à discussão sobre a viabilidade ou não da exigência da COFINS no regime da não cumulatividade, eis que a matéria não foi prequestionada quando da análise do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

O prequestionamento é um pressuposto processual que deve ser entendido como pormenor anterior e externo ao ato processual, ou seja, um pressuposto específico, contido na interposição do recurso especial.

Em outras palavras, não são cabíveis os embargos de declaração para suscitar questões que não foram previamente levantadas por meio de embargos à decisão dos Conselhos de Contribuintes, e consequentemente, por ocasião do recurso especial da Procuradoria.

CONCLUSÃO:

Diante do acima exposto, voto no sentido de não conhecer dos embargos de declaração ante a ausência de omissão quando do julgamento do Ac. CSRF 02-03.609.

Maria Teresa Martínez López