



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19740.000499/2005-32
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-011.654 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de dezembro de 2021
Recorrente BRADESCO CAPITALIZAÇÃO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/01/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DEVEM SER ACEITOS PARA SANAR VÍCIO NO ACÓRDÃO EMBARGADO

Devem ser aceitos Embargos de Declaração quando deve ser sanado vício de omissão no voto condutor do Acórdão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer os Embargos de Declaração, para rejeitar a alegação de omissão quanto ao fato de que a decisão da DRJ não analisou a alegação adicional relativa à composição da base de cálculo, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF e acolher a alegação de omissão quanto à inclusão das receitas de locação de imóveis, para sanar a omissão para reconhecer as receitas com locação de imóveis como receitas não operacionais, devendo a tributação do PIS e COFINS sobre tais receitas serem restituídas á embargante, com efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ari Vendramini - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Liziane Angelotti Meira (Presidente), Marco Antonio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro, José Adão Vitorino de Moraes, Juciléia de Souza Lima, Sabrina Coutinho Barbosa (Suplente Convocada), Marcelo Costa Marques D'Oliveira (Suplente Convocado) e Ari Vendramini.

Relatório

1. Tratam os presentes autos de Embargos de Declaração interpostos pelo contribuinte, contra o teor do Acórdão nº 3301-007.379, exarado por este colegiado.
2. Admitidos os Embargos, nos seguintes dizeres termos:

O embargante sustenta que o acórdão atacado padece dos seguintes vícios:

1. Omissão quanto ao fato de que a decisão da DRJ não analisou a alegação adicional relativa à composição da base de cálculo, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF;
2. Omissão absoluta quanto às alegações relativas às receitas que não decorrem do exercício da atividade principal.
(...)
Passo à análise das alegações.

Omissão quanto ao fato de que a decisão da DRJ não analisou a alegação adicional relativa à composição da base de cálculo, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF

A embargante alega que a decisão da DRJ limitou-se a considerar que a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 não se aplicava à embargante e que, portanto, estava sujeita à incidência sobre a totalidade das receitas.

Em seu recurso voluntário, a embargante refuta a decisão da DRJ, pugnando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF, além de, com base nesta premissa, pedir o reconhecimento do indébito tributário com base nas receitas com títulos de capitalização, receitas financeiras e receitas não operacionais relativas à locação de imóveis, perpassando pela discussão acerca do conceito de faturamento.

De fato, a decisão da DRJ não apreciou a natureza das receitas da embargante sob o prisma da inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, limitando-se a não reconhecer direito à inconstitucionalidade, para a embargante.

Neste aspecto, não caberia ao colegiado conhecer das alegações relativas ao conceito de faturamento e natureza das receitas da embargante, exceto se pudesse superar a nulidade por supressão de instância, nos termos do §3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).

Todavia, o colegiado não adotou o entendimento da embargante, sendo o recurso a ela desfavorável no mérito. Observa-se que na manifestação de inconformidade (e-fls. 446 e ss.), a embargante contestou a alegação feita em despacho decisório (e-fl. 429) de que as receitas auferidas pelas instituições financeiras e seguradoras consistem em receitas de prestação de serviços.

Assim, caberia sim a decisão de reformar a decisão da DRJ quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal e devolver os

autos para apreciação do conceito de faturamento e da natureza das receitas auferidas pela embargante.

Omissão absoluta quanto às alegações relativas às receitas que não decorrem do exercício da atividade principal

Caso a primeira omissão seja rejeitada, a embargante pugna pela existência de omissão quanto às alegações relativas às receitas que não decorrem do exercício da atividade principal, como receitas não operacionais relativas à locação de imóveis e de juros sobre o capital próprio.

A alegação resta prejudicada em razão da admissão da primeira omissão. Salienta-se, porém, caso não haja admissão pelo colegiado, é necessário reconhecer a omissão quanto à alegação de receitas relativas à locação de imóveis, não tendo sido localizada, porém, arguição no recurso voluntário quanto às receitas de juros sobre o capital próprio, as quais, inclusive, podem ser compreendidas como receitas financeiras.

CONCLUSÃO

Com base nas razões acima expostas, admito, parcialmente, os embargos de declaração opostos pelo contribuinte para sanar a omissão quanto ao fato de que a decisão da DRJ não ter analisado a alegação adicional relativa à composição da base de cálculo, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF e, subsidiariamente, a omissão quanto à inclusão (ou não) das receitas de locação de imóveis.

4. Assim me vieram os autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ari Vendramini, Relator.

- Omissão quanto ao fato de que a decisão da DRJ não analisou a alegação adicional relativa à composição da base de cálculo, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF

O que se verifica, no Acórdão DRJ, não se caracteriza como omissão, e, sim, estrita obediência às normas vigentes, editadas pela Secretaria da Receita Federal, da qual as DRJ são integrantes e devem pautar seus julgamentos pelas normas em vigor.

Elucidativos os seguintes trechos do Acórdão DRJ :

DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.3º, §1º, DA LEI Nº 9.718/98

No que concerne à alegação de inconstitucionalidade do art.3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, esta não pode prosperar pelas razões a seguir aduzidas.

De início há de se ressaltar que os procedimentos a serem adotados pela administração tributária federal, no caso de lei declarada inconstitucional pelo STF, estão disciplinados pelo art.77, da Lei nº 9.430, de 1996 e pelo Decreto nº 2.346, de 1997, a seguir :

Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997

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.

§ 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.

[..1

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.

Da leitura dos dois dispositivos acima transcritos, depreende-se que, no primeiro, há uma autorização concedida ao Poder Executivo para disciplinar os procedimentos a serem adotados pela administração tributária federal, no caso de lei declarada inconstitucional pelo STF, tendo o Presidente da República, em obediência ao referido dispositivo, emitido o Decreto nº 2.346, de 1997, o qual, em seu art. 1º, § 1º, estabelece em primeiro lugar a necessidade de a declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada ser proferida em ação direta de inconstitucionalidade e em segundo lugar — no caso da administração tributária federal — que haja autorização do Secretário da Receita Federal do Brasil, por meio de ato específico que determine os procedimentos enumerados nos incisos I e II supracitados, não existindo, até a presente data, qualquer ato do Secretário da Receita Federal do Brasil nesse sentido.

Dessa forma, as apreciações sobre alegações de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 estão fora da alçada das autoridades administrativas, as quais não dispõem de competência para examinar a validade de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico, competência esta atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário.

É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar textos legais, em observância ao que prevê o art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, CTN.

Vale dizer que, inovado o sistema com uma norma emanada do órgão competente, ela passa a pertencer ao ordenamento jurídico, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por resolução do Senado Federal da República, publicada posteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Como, no caso concreto, essas hipóteses não ocorreram — uma vez que as decisões favoráveis às contribuintes emanadas pelo STF, inclusive as citadas pela manifestante quanto à inconstitucionalidade do dispositivo supracitado, somente ocorreram por via indireta, ou seja, sob o controle difuso, sem o efeito *erga omnes* — e não tendo a interessada trazido aos autos a prova de haver ingressado judicialmente com esse tipo de ação, não sendo beneficiada, portanto, por qualquer sentença judicial nesse sentido, a norma inquinada de inconstitucional na sua manifestação de inconformidade continua válida, não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-la e nem declarar sua inconstitucionalidade, sob pena de violar o princípio da legalidade, na primeira hipótese, e de invadir seara alheia, na segunda.

Aliás, a esse respeito, a Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, emitiu orientação interna aos seus agentes, por meio da Solução de Consulta Interna nº 5-Cosit, de 3 de março de 2009, da qual transcrevem-se os seguintes excertos:

16. Como se sabe, o STF, ao apreciar diversos Recursos Extraordinários com controvérsias jurídicas pertinentes à ampliação da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, vem declarando reiteradamente a inconstitucionalidade do disposto no §1º do art. 30 da Lei nº 9.718, de 1998, por entender que o faturamento a que se referia o art.195, I, da Constituição Federal, em sua redação anterior à EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência das citadas contribuições calculadas sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas contribuintes, exteriorizando ainda o entendimento de que a promulgação da referida Emenda, publicada no 16 de dezembro de 1998, "não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional."

17. Diante desse fato, a Administração Tributária Federal deve reconhecer que, zuna vez declarada a inconstitucionalidade das disposições contidas no §10 do art.3º da Lei nº 9.718, de 1998, mesmo que em decisão de controle difuso pelo STF, também está prejudicado o comando previsto no art.10 do Decreto nº 4.524, de 2002, na parte em z que define o faturamento (receita bruta) como sendo a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas exercidas e da clas'sificação contábil adotada para a escrituração das receitas, em relação às pessoas jurídicas detentoras de declaração de inconstitucionalidade

prolatada pelo Poder Judiciário, por ser o mencionado Decreto norma de caráter apenas regulamentar.

18. Entretanto, as pessoas jurídicas enquadradas no regime cumulativo de apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, que não possuam quaisquer medidas judiciais declaratórias da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pelo disposto no § 10 do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, continuam obrigadas aos recolhimentos mensais das referidas contribuições, tendo como base de cálculo o montante do faturamento (receita bruta) entendido como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade por elas exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (destacou-se)

Ainda de acordo com a Ementa da SCI Cosit nº 5 supracitada, as pessoas jurídicas que continuam enquadradas no regime cumulativo de incidência da Contribuição para o PIS/Pasep — que se rege pelas mesmas regras da COFINS, que não possuam decisão judicial declarando a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, continuam obrigadas a recolherem mensalmente a referida contribuição calculada sobre o montante do faturamento (receita bruta) entendido como a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, independentemente da atividade por ela exercida e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas, conforme disposição contida no § 1º, do art. 30, da Lei nº 9.718/98.

Portanto, diante dos trechos colacionados, atesta-se que não houve a omissão alegada, a DRJ, citando a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, diante das normas legais e administrativas vigentes, mormente as expedidas pela Secretaria da Receita Federal, esclareceu não poder apreciar as questões interpostas, julgando-se incompetente para discutir o tema.

Portanto, rejeito os Embargos neste tópico.

- Omissão absoluta quanto às alegações relativas às receitas que não decorrem do exercício da atividade principal

Com razão a embargante, neste ponto o Acórdão CARF nº 3301-007.379 foi omissa, não houve análise das alegações relativas às receitas com locação de imóveis, que não decorrem do exercício da atividade principal da embargante.

Este CARF tem consolidado a posição, mais recentemente, de que as decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, deixaram patente que o alargamento indevido da base de cálculo deve ser em relação a receitas extras que não aquelas que decorram de receita operacional típica das instituições financeiras.

Assim, as receitas financeiras de instituições financeiras, como tem sido pacificado no âmbito deste CARF, são receitas operacionais, e, por tal, devem ser oferecidas à tributação.

Tendo em vista que a jurisprudência do STF exclui da tributação as receitas não operacionais, as receitas financeiras de uma instituição financeira devem, em tese, serem tributadas, pois tratam-se de receitas operacionais oriundas da prestação de serviços.

O que restou decidido no RE 585.235, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718 em sede de repercussão geral, foi que o legislador ordinário não teria

competência para alterar o conceito de receita bruta, que até então a jurisprudência do STF considerava como sinônimo de faturamento.

Em outros termos, foi afastado o alargamento da base impositiva das contribuições em relação a **ingressos financeiros que não caracterizam a atividade operacional da empresa**.

Não por outra causa que o Recurso Extraordinário nº 609.096 foi afetado como paradigma de controvérsia, estando submetido à repercussão geral e ainda não julgado (*em recente pesquisa junto ao sítio do STF na Internet, consta que os autos estão conclusos ao Ministro Relator desde 01/07/2021*), uma vez que a questão posta naqueles autos trata, **especificamente**, sobre a incidência de PIS e COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras.

Assim, adotando a premissa de que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei Federal 9.718/1998 não alcança as receitas operacionais das instituições financeiras, de forma que devem compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins, em razão de provirem do exercício de suas atividades empresariais, as receitas com locação de imóveis não se incluem dentre receitas típicas de instituições financeiras, ou receitas operacionais, devendo estas serem afastadas da tributação, caracterizando-se como receitas não operacionais.

Portanto, acolho os embargos neste tópico para reconhecer as receitas com locação de imóveis como receitas não operacionais, devendo tais receitas serem restituídas á embargante.

Conclusão

Desta forma, conheço dos Embargos para rejeitar a alegação de omissão quanto ao fato de que a decisão da DRJ não analisou a alegação adicional relativa à composição da base de cálculo, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 pelo STF e acolher a alegação de omissão quanto à inclusão das receitas de locação de imóveis, para sanar a omissão para reconhecer as receitas com locação de imóveis como receitas não operacionais, devendo a tributação do PIS e COFINS sobre tais receitas serem restituídas á embargante, com efeitos infringentes.

É o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

Ari Vendramini

Fl. 8 do Acórdão n.º 3301-011.654 - 3ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19740.000499/2005-32