



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10166.000055/2004-12
Recurso nº	126.979 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão nº	202-17.864
Sessão de	28 de março de 2007
Recorrente	VIA CONCESSÕES S/A
Recorrida	DRJ em Brasília - DF

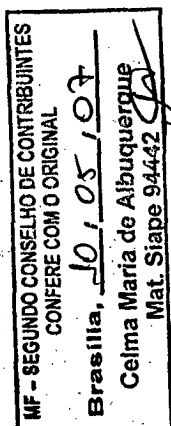
Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/2001 a 31/08/2002

Ementa: RECEITA FINANCEIRA.

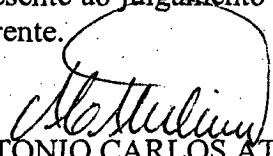
A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, nos termos da sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

Recurso provido.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Esteve presente ao julgamento a Dra. Adriana Oliveira e Ribeiro, OAB/DF nº 19.961, advogada da recorrente.


ANTONIO CARLOS ATULIM
Presidente


MARIA CRISTINA ROZADA COSTA
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente), Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ em Brasília - DF.

Por economia processual e por bem descrever a matéria dos autos reproduzo abaixo o relatório da decisão recorrida:

"Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, em virtude da falta de recolhimento da contribuição incidente sobre receitas financeiras, indevidamente excluídas da base de cálculo, no período de apuração compreendido entre os meses de janeiro/2001 a agosto/2002. (fls. 003 a 006)

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de (...) computados os juros de mora e a multa proporcional. (fls. 002 e 003)

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 004 e 006.

A contribuinte impugna (fls. 242 a 254) o auto de infração constante do presente processo, alegando, em síntese, que:

1. A remuneração da debênture exclusivamente calculada em função de lucros, não se sujeita à tributação na fonte na sistemática da renda fixa, mas sim na da renda variável, ou seja, a base de cálculo é o ganho líquido, o resultado positivo das operações realizadas em cada mês, sendo que tal resultado considerará necessariamente os custos e despesas necessárias à realização das operações;

Assim sendo, somente o ganho líquido com as debêntures seria passível de tributação pela Cofins, por isso a Impugnante recolheu, em 27/01/2004, as contribuições devidas sobre o ganho líquido, conforme cópias dos Darfs anexos." (grifo acrescido)

Apreciando as razões postas na impugnação, a Turma Julgadora proferiu decisão, a qual está escorçada na seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

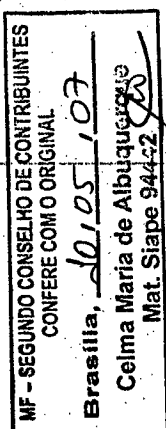
Período de apuração: 31/01/2001 a 31/08/2002

Ementa: Falta de Recolhimento

Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

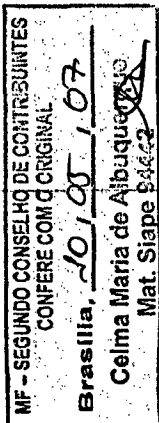
Exclusões da Base de Cálculo

Excluem-se da receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição, somente os valores autorizados pela legislação de regência.



Lançamento Procedente? (negrito acrescido)

Cientificada da referida decisão em 05/05/2004, a interessada apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes em 03/06/2004, com as seguintes razões de dissenso: 1) aquiescência de parte da exigência, sendo apresentado pedido de parcelamento, restringindo-se a lide apenas à Cofins incidente sobre os valores excluídos, em razão da amortização do prêmio pago na subscrição de debêntures; 2) discorrendo longamente acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, alega que o lançamento fiscal apropriou como receita financeira a maior parcela do próprio capital aplicado na operação financeira; 3) o parcelamento requerido à repartição diz respeito à parcela que efetivamente se constituiu em receitas financeiras auferidas, assumindo a responsabilidade pelo tributo e respectivos encargos legais, a despeito de considerar injurídica a Lei nº 9.718/98; 4) demonstra aritmeticamente que o valor passível de compor a base de cálculo da exação é muito inferior ao tributado; 5) pugna pelo direito à subtração do capital invertido na operação financeira, de vez que a parcela do prêmio pago na subscrição refere-se a valor inserto na formação de seu capital inicial; especase na legislação do Imposto de Renda para alcançar o conceito de "receita financeira"; 6) discorre sobre o conceito de debênture para reafirmar sua condição de título de renda fixa e as ações títulos de renda variável; 7) as debêntures adquiridas são remuneradas exclusivamente com participação no lucro, tendo remuneração variável e eventual, o que determina que somente uma parcela do ganho líquido constitui receita financeira; 8) reporta-se ao art. 325, inciso I, letra "c", do Regulamento do Imposto de Renda/1999 para fundamentar juridicamente a recuperação do capital embutido no valor total recebido; 9) refuta o fundamento da decisão recorrida na parte em que alega que a apuração da receita financeira não se enquadra nas hipóteses de exclusão da base de cálculo; 10) aduz que a existir receita tributável essa seria a receita do prêmio pago obtida pela emissora das debêntures.



Alfim reitera os argumentos apresentados na impugnação e requer o acolhimento das razões expendidas, com o cancelamento do auto de infração pelas razões de mérito, extinguindo-se a exigência do crédito tributário.

A autoridade administrativa informa, à fl. 293, a efetivação do arrolamento de bens para garantia de instância no Processo nº 14041/000.005/2004-01.

É o Relatório.

Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

trata-se de exigência tributária constituída, exclusivamente, sobre receitas financeiras, decorrentes da inversão de capital em debêntures-remuneradas com participação no lucro (DPL), cujo lançamento fiscal foi realizado com fulcro no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

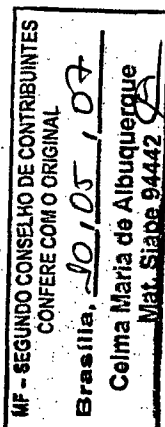
À vista do tema em referência, impõe-se que seja observada a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

O RE 390.840/MG, apreciado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09/11/2005, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, foi julgado e decidido consoante a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobreposição ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, 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."

A decisão teve a seguinte votação:

"Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson



Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005."

No voto condutor da sentença reproduzindo o art. 2º da Lei nº 9.718/98, no qual está definida base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins como sendo o faturamento, assim se manifesta o Ministro relator:

"Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo a faturamento sem dar-lhe, no campo da ficção jurídica, conotação discrepante da consagrada por doutrina e jurisprudência, ter-se-ia solução idêntica à concernente à Lei nº 9.715/98. Tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, ou seja, a envolver o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços. Respeitado estaria o Diploma Maior ao estabelecer, no inciso I do artigo 195, o cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo empregador, considerado o faturamento. Em última análise, ter-se-ia a observância da ordem natural das coisas, do conceito do instituto que é o faturamento, caminhando-se para o atendimento da jurisprudência desta Corte."

Após digressão acerca de decisões outras e passadas do Pretório Excelso, retoma o Ministro à Lei nº 9.718/98, completando:

"Então, após mencionar a jurisprudência da Corte sobre a valia dos institutos, dos vocábulos e expressões constantes dos textos constitucionais e legais e considerada a visão técnico-vernacular, volto à Lei nº 9.718/98, salientando, como retratado acima, constar do artigo 2º a referência a faturamento. No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços."

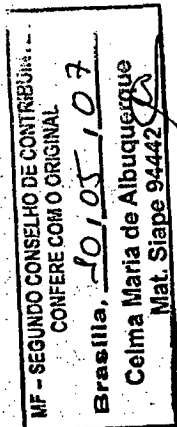
E continua, após reproduzir o texto do art. 3º:

"Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos 'faturamento' e 'receita bruta'. Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria."

Após reproduzir o § 1º do art. 3º, arremata:

"O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil."

Mais adiante conclui:



"A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial."

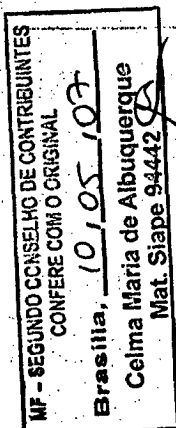
Este Conselho de Contribuintes possui larga experiência no trato com lides cujo mérito versava sobre matéria que o plenário do STF julgou inconstitucional, *incidenter tantum*, e que no aguardo da Resolução do Senado Federal manteve por muito tempo a exigência de tributo já reputado definitivamente inconstitucional ou mesmo ilegal, nos casos julgados pelo STJ.

Há que se aprender com a experiência. Não que se possa aqui decidir açodadamente após inauguraís decisões nesse sentido pelas Cortes Constitucional ou Legal. No caso em tela não é esta a circunstância. Trata-se de matéria que há muito vem gerando conflito entre o Fisco e os contribuintes, tendo sido alvo de sentenças judiciais de monta, contrárias aos interesses do Fisco. O volume dessas decisões atingiu seu ápice com a decisão do STF, a qual, publicada, transitou em julgado em 29 de setembro de 2006, sendo enviada pelo Presidente do STF ao Presidente do Senado Federal em 03/10/2006.

Portanto, entendo que não há a que resistir. O julgador administrativo tem como limite de decidir as normas legais em vigor, não lhe competindo apreciar inconstitucionalidades ou ilegalidades. Ao revés, a inconstitucionalidade do dispositivo fundador da autuação encontra-se declarada por sentença transitada em julgado pelo órgão designado pela Constituição da República, no art. 102, inciso III, alínea "a", a julgar causas decididas quando a decisão recorrida contrariar seus dispositivos ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

E, consoante dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o direito, devendo a Administração Pública, segundo dispõe o *caput*, obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ademais, também não lhe compete dar seqüência à exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos *ex tunc*, pela Corte constitucional. Seria de extremo *non sense*, e mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados da Lei nº 9.784/99, manter a exigência tributária, remetendo o contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagar por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à *via crucis* do *solve et repete*.



Nem uma nem outra. Na sutileza desse momento é que se justifica a existência de um tribunal administrativo. Não pode o julgador administrativo, posicionado diante de tal circunstância, deixar de enfrentar as vicissitudes de ter de um lado a lei formalmente ainda válida e eficaz, e de outro a sentença transitada em julgado, proferida pelo Tribunal Maior do País, que mitiga, reduz, apequena o alcance pretendido pela lei no sentido de avançar sobre o patrimônio do particular.

Entendo estar na esfera de competência do julgador administrativo afastar a exigência tributária que se encontra sob sua apreciação, cuja inconstitucionalidade já tenha sido declarada, porém ainda não ampliada para gerar efeitos *erga omnes*, o que ocorrerá inexoravelmente por ser conduta formal de outro Poder, cuja atuação nem sempre está sincrônica com o tempo e a necessidade da sociedade, afastando, com isso, as inevitáveis ações judiciais e maiores embaraços para o tesouro nacional e para o contribuinte.

Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa à Cofins contida nos autos, porquanto relativa à receita financeira não inserta na base de cálculo pela recorrente.

À época da lavratura do auto de infração outra não podia ter sido a atuação do autuante. Também agora, à época do julgamento, outra não pode ser a posição do julgador que não a de exonerar a exigência constituída.

Tornou-se de conhecimento geral, embora ainda não formalizado, que o Supremo Tribunal Federal veiculou e tornou público quais matérias pretende sumular assim que entrar em vigor a Lei nº 11.417/2006. Dentre elas encontra-se a relativa à inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Com essas considerações, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

