



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 24 / 01 / 2005
[Assinatura]
VISTO

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553

Recorrente : TELEBRASÍLIA CELULAR S/A
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

COFINS - INCIDÊNCIA DA COFINS SOBRE A RECEITA DE SERVIÇOS DE ROAMING E DDI PRESTADOS PELAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - A COFINS, que tem como característica ser um tributo cumulativo, portanto, cobrado a cada operação realizada, incide sobre o faturamento das empresas que operam com serviços de telecomunicações, entendido este como sendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. É defeso à esfera administrativa apreciar ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei em razão do princípio constitucional da unicidade da jurisdição.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA. Os juros de mora incidentes sobre o crédito tributário não recolhido no prazo legal está estabelecido no art. 13 da Lei nº 9.065/95, consoante permissivo legal do § 1º do art. 161 do CTN.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **TELEBRASÍLIA CELULAR S/A.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, César Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva. Fez sustentação oral, pela recorrente, o Dr. Hugo Barreto Sodré Leal.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004

Leonardo de Andrade Couto
Leonardo de Andrade Couto
Presidente

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28/06/04
[Assinatura]
VISTO

Maria Cristina Roza da Costa
Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Emanuel Carlos Dantas de Assis.
Eaal/ovrs



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

| |
|--------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2.º CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 22/08/04 |
| VISTO |

| |
|----------|
| 2º CC-MF |
| Fl. |

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553

Recorrente : TELEBRASÍLIA CELULAR S/A

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília-DF, referente à constituição de crédito tributário por falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de janeiro de 1998 a outubro de 2001, no valor total de R\$4.490.318,92, cuja ciência se deu em 24/11/2000.

Os escorços da impugnação estão a seguir reproduzidos, consoante relatório da decisão recorrida:

"A contribuinte impugna (fls. 574 a 596) o auto de infração constante do presente processo, alegando que, "verbis":

[...]

Não obstante as limitações impostas à Impugnante pelo contrato de concessão, pelas normas regulatórias da Anatel e por seu próprio estatuto social, o Ilmo. Sr. Auditor-fiscal lavrou o auto de infração ora impugnado baseado na falsa premissa de que os serviços em questão "são disponibilizados aos assinantes no ato de habilitação do telefone celular, prestados pela Telebrasil Celular, que permite que seus assinantes possam efetuar e receber ligações fora de suas áreas de operação, utilizando, para tanto, a rede de outras prestadoras de serviços, mediante contratos." (sic - termo de encerramento de fiscalização).

Considerando a impossibilidade de a Impugnante prestar SMC fora da área especificada no contrato de concessão (Distrito Federal), forçoso é concluir que a Impugnante não auferiu receita em relação aos serviços de "roaming" nacional automático, "roaming" internacional e DDI, sendo que os valores recebidos a esse título não devem se sujeitar à tributação pela COFINS, razão pela qual o auto de infração deve ser julgado improcedente". (efetuada a correção do engano do relator a quo, que citou o PIS ao invés da COFINS)

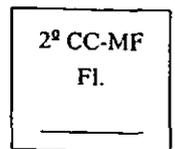
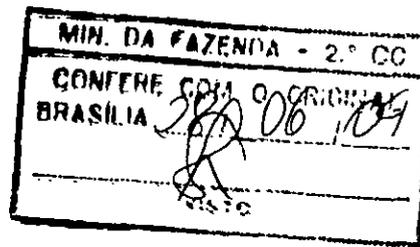
Admitir-se o contrário, como faz o Ilmo. Sr. Auditor-fiscal, seria reconhecer que a Impugnante estaria legitimada a conduzir SMC em outras áreas (inclusive em outros países), fora daquela permitida pela União Federal por meio do contrato de concessão.

Tendo em vista que, geralmente, concessionárias de SMC devem mutuamente transferir quantias relativas aos serviços em tela, não há necessidade de ser realizado o repasse imediato e total das quantias cobradas em nome das concessionárias que realizam tais serviços. A Norma 26/96 (Critérios para o Processamento e Repasse de Valores entre as Entidades Prestadoras de Serviço Móvel Celular e de Serviço Telefônico Público) trata da questão, estabelecendo que as concessionárias de SMC com as quais os clientes têm vínculo devem emitir o chamado documento de declaração de tráfego e de prestação de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553



serviços ("DETRAF"). Em tal documento, as concessionárias especificam as quantias que devem ser transferidas a título de "roaming" às outras concessionárias. Com base nos DETRAFs, as concessionárias realizam um encontro de contas, de tal modo que apenas a diferença positiva apurada em tal cálculo é objeto de transferência efetiva em favor de uma das concessionárias. Portanto, a própria regulamentação da Anatel dispõe, de forma clara e incisiva, que a quantia cobrada relativa ao serviço de "roaming" deve ser objeto de repasse para a concessionária que efetivamente prestou tal serviço por meio do chamado DETRAF, o que acaba por confirmar que as quantias arrecadadas pela Impugnante são receitas de outras concessionárias de SMC.

Da não Inclusão de Receita de Outras Concessionárias de SMC na Base de Cálculo da Cofins da Impugnante

Tendo sido comprovado que a receita decorrente do serviço de "roaming" nacional automático, "roaming" internacional e de DDI não é da Impugnante, mas de outras concessionárias de SMC, não é demais notar que dita receita, exatamente pelo fato de ser dessas últimas, não deve ser incluída na base de cálculo da Cofins da primeira.

Inicialmente, é relevante notar que a revogação do inciso III, do §2º, do art. 3º da lei nº 9.718/98 não altera o panorama da discussão, uma vez que os conceitos de receita e faturamento são extraídos do Direito Privado e da própria Constituição Federal, não podendo ser alterados pela legislação tributária, conforme dispõe o art. 110 do Código Tributário Nacional. Nesse particular, vale lembrar que, de acordo com o art. 195, I, "b" da Constituição Federal, a base de cálculo da Cofins é a receita ou o faturamento da empresa.

A esse respeito, cumpre ressaltar que o mero recebimento pela Impugnante de valores a serem efetivamente repassados para outras concessionárias de SMC não integram a base de cálculo de Cofins da primeira. Tais quantias são apenas movimentações ou entradas, não se caracterizando como receita ou faturamento, na acepção técnica dos termos. Saliente-se que o simples fato de a Impugnante incluir, nas contas telefônicas, valores devidos a outras concessionárias de SMC pelo mesmo cliente não tem o condão de transformar tais valores em receita ou faturamento da Impugnante. Trata-se de mero acordo comercial de cobrança, que não causa qualquer impacto no que se refere à Cofins.

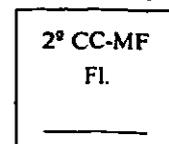
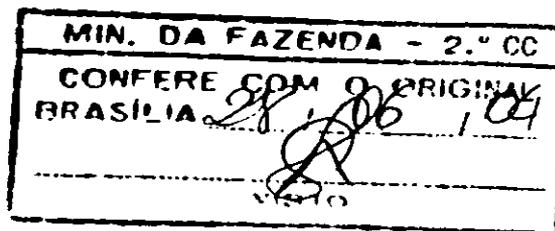
Diante do até aqui exposto, forçoso é reconhecer que as quantias, recebidas pela Impugnante de seus clientes, a serem repassadas a outras concessionárias de SMC ou empresas estrangeiras de telefonia, a título de "roaming" nacional automático, "roaming" internacional e DDI, tendo em vista que essas não afetam o patrimônio dessa, não são receitas da Impugnante, razão pela qual elas não poderiam ser incluídas na base de cálculo da Cofins, como imprópriamente fez o Ilmo. Sr. Auditor-fiscal. Assim, o auto de infração também não pode prosperar sob essa alegação.

Ainda a esse respeito, cabe frisar que o próprio Conselho de Contribuintes já teve oportunidade de declarar que quantia cobrada e recebida a fim de ser



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 10166.005507/2002-91
Recurso n^o : 122.881
Acórdão n^o : 203-09.553



repassada por contribuinte a terceiro não integra a base de cálculo de Cofins do primeiro. Transcreve-se, abaixo, ementas de julgados nesse sentido:

"COFINS - BASE DE CÁLCULO - Se o veículo de comunicação não recebe diretamente do anunciante o valor da comissão da agência, de publicidade pela veiculação de anúncio de propaganda ("descontos"), dessa forma não escriturando-o em conta de receita, tal valor não é base impositiva da COFINS, restando ao Fisco, por todos os meios lícitos, invertendo o ônus da prova, demonstrar que tal valor efetivamente é receita da empresa. Por outro lado, se o valor referente à comissão da agência é pago diretamente pelo anunciante ao agente veiculador do anúncio para que este a repasse à agência publicitária, sendo tal valor escriturado em conta redutora de receita, também tal valor não integra a base de cálculo da COFINS. De igual sorte, resta ao FISCO, sendo seu o ônus, provar que tais valores não foram repassados ou que referem-se a custos operacional. Recurso voluntário a que se dá provimento." (Recurso n. 113145 - Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes - Processo n. 10950.002334/99-19 - Recorrente: Televisão Cultura de Maringá Ltda. - Recorrida/Interessado: DRJ - Foz do Iguaçu/PR - Relator Jorge Freire - data da sessão: 16/08/2000 - grifos nossos)

A ementa transcrita abaixo relaciona-se a imposto de renda e contribuição social sobre o lucro, mas sua conclusão é aplicável ao caso concreto:

"IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - EMPRESAS HOTELEIRAS - TAXA DE SERVIÇO INCLUSA EM NOTAS FISCAIS - CONFIGURAÇÃO DE RECEITA OMITIDA - Não são consideradas receitas da empresa os valores correspondentes às taxas de serviços incluídas nas notas fiscais de prestação de serviços, quando houver convênio de trabalho entre o Sindicato dos empregados e o empregador, no sentido de reter e repassar a taxa de 10% (dez por cento) cobrada sobre os serviços prestados, para os empregados.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - DECORRÊNCIA - Aplica-se ao lançamento decorrente igual decisão proferida no julgamento do lançamento matriz, quando nele não se encontra qualquer nova razão, de fato ou de direito.

Recurso provido." (Recurso n. 117306 - Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes - Processo n. 10945.006375/97-28 - Recorrente: Tarobá S.A. Indústria Hoteleira - Recorrida/Interessado: DRJ - Foz do Iguaçu/PR - Relatora Maria do Carmo Soares Rodrigues de Carvalho - data da sessão: 24/09/1998 - grifos nossos)

Finalmente, não é demais citar o Parecer CST/SIPR Nº 1511 (doc. 09), ratificando o entendimento aqui exposto, proferido em consulta formulada pela Telebrás, ainda quando da existência do Finsocial:

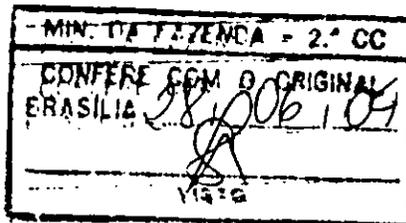
"(...)

3. Compulsando-se a legislação pertinente à matéria em análise, verifica-se que:

3.1 - na receita bruta não se incluem as receitas de terceiros, que embora fazendo parte do faturamento da empresa, esta funciona, por assim dizer, como



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553

mera intermediária entre os usuários e a empresa prestadora de serviços, sem auferir, dessa intermediação, qualquer resultado, razão por que não se deve computá-las como receita bruta (IN SRF nº 51/78, item 2);

3.2 se as empresas do sistema TELEBRÁS incluírem as receitas de terceiros como receita bruta e, em seguida, as deduzirem, para determinação da receita líquida, ainda que não altere o lucro operacional, tal procedimento desatende o estabelecido no Decreto-lei nº 1.598/77, art. 12, §1º;

3.3 as receitas de terceiros, computadas, por erro, como receita bruta, são regularizadas mediante transferência dos valores indevidamente creditados para as contas adequadas do passivo circulante, quando for o caso (Resolução CFC nº 596/85 - D.O.U. de 29.07.85). Assim, as retificações das receitas de terceiros, operacionalizadas na forma retrocitada, simplesmente não compõem a receita bruta, por conseguinte, não há como excluí-las da base de cálculo (receita bruta) para a contribuição ao FINSOCIAL.

4. Analisados os dispositivos legais referidos no item precedente, verificamos que houve equívoco da autoridade "a quo" ao informar que "constitui base de cálculo para a contribuição ao FINSOCIAL das empresas de telecomunicações, a receita bruta auferida pela prestação de serviços de qualquer natureza, objeto de faturamento no mês-calendário, excluídas as parcelas de receita faturada que, na condição de meras depositárias, transferem, posteriormente, a terceiros."

(...)"

O parecer acima, totalmente aplicável à espécie, esgota qualquer dúvida ainda existente sobre a questão: receita de outras concessionárias de SMC não pode ser atribuída à Impugnante, ainda que tal receita seja incluída no documento de cobrança da última! Nesse particular, não é demais frisar que o Parecer utiliza o termo faturamento no sentido de cobrança e também reconhece o direito das empresas do sistema Telebrás às exclusões da Instrução Normativa 41/89 (doc. 09).

INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC PARA A CORREÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

Finalmente, em face do princípio da eventualidade, é importante salientar que a aplicação da taxa SELIC para cômputo de juros moratórios de débitos fiscais viola flagrantemente diversos preceitos constitucionais e legais, sendo ilegítima sua aplicação.

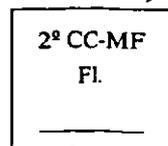
A Taxa SELIC, como sabido, foi instituída pela Circular BACEN nº 466/79 com um objetivo específico, qual seja, remunerar o capital próprio investido em títulos federais.

É o que esclarece o art. 2º, §º 1º, das Circulares BACEN 2.868, de 04 de março de 1999, e 2.900, de 24 de junho de 1999: "Define-se Taxa SELIC como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) para títulos federais."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553



Assim, de sua própria definição, depreende-se que a Taxa SELIC, instituída com objetivo de remunerar o capital investido em títulos federais, "é composta por juros e um sucedâneo da correção monetária".

Portanto, incompatível o seu conceito, que visa à apuração dos juros remuneratórios, com o conceito de juros moratórios, que têm por objetivo tão somente indenizar o credor pelo pagamento em mora.

Não obstante isso, o artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20.06.95, veio a estabelecer a utilização da taxa SELIC para o cômputo dos juros moratórios sobre eventuais débitos fiscais.

No momento em que o legislador equiparou, como o fez a referida Lei, a remuneração dos títulos federais com o cômputo de juros moratórios de débitos fiscais, mediante suas respectivas sujeições à aplicação da referida taxa, não fosse a sua inaplicabilidade em face da diferença de conceitos, em decorrência da não previsão legal do cálculo de tributos por taxa remuneratória, desrespeitou, também, diversas normas que regulam o nosso Sistema Tributário. Vejamos.

É imperiosa a definição dos critérios relativos à correção monetária e aos juros moratórios por meio de lei, o que não ocorreu com a edição da Lei nº 9.065/95, que somente determinou a aplicação da Taxa SELIC sobre os débitos fiscais para cálculo de juros moratórios.

Como visto acima, tanto o valor (quantificação) da Taxa SELIC, quanto o seu conceito são emanados de atos infralegais do Banco Central do Brasil, que podem, a qualquer momento, ser alterados.

A necessidade dessa definição estar prevista em lei tem por função prestar ao contribuinte o conhecimento de como será apurado o "quantum debeatur" da obrigação tributária por ele devido.

Não fosse isso, os juros de mora, que na realidade integram o valor do tributo, não poderiam ser modificados por norma infralegal, sob pena de violação aos princípios (a) da estrita legalidade em matéria tributária, insculpido no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, (b) da indelegabilidade de competência, arts. 48, I e 150, I da Constituição Federal, e (c) do primado da segurança jurídica, art. 5º da Constituição Federal.

Nesse contexto, o emprego da Taxa SELIC nos débitos fiscais, como é de notório conhecimento, provoca enorme discrepância com o que se obteria se fossem aplicados os índices oficiais de correção monetária, além dos juros legais de 12% ao ano, gerando, por consequência, um aumento de tributo, sem existência de lei que determine (violação ao artigo 150, I da Constituição Federal).

Por fim, mesmo que se admitisse a não violação a esses preceitos constitucionais, ainda assim, essa taxa não poderia ser aplicada em respeito ao art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que estabelece:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

| |
|--------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2.º CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA, 10 de 11 de 06 |
| VISTO |

| |
|----------|
| 2º CC-MF |
| Fl. |

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553

"Art. 161, § 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

Como se pode perceber, o Código Tributário Nacional, que possui força de lei complementar (art. 34, § 5º do Ato de Disposições Transitórias), foi bastante claro ao estabelecer o cálculo dos juros de mora à taxa de 1%, salvo disposto de modo diverso em lei.

Nesse sentido, como a Lei nº 9.065/95 não institui (definiu) a Taxa SELIC, mas tão somente determinou a sua aplicação, houve manifesta violação a esse dispositivo do Código Tributário Nacional.

E, ainda que houvesse lei estipulando de modo diverso, o que não ocorreu no caso em análise, mesmo assim, para que houvesse aumento da razão de 1% da taxa mensal para o cômputo dos juros de mora, esse deveria ser veiculado por meio de lei complementar, jamais por lei ordinária sob pena de violação ao princípio constitucional da hierarquia das leis.

Nesse sentido é recente jurisprudência emanada pelo Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º DA LEI 9.250/95. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE".

I - Inconstitucionalidade do § 4º do art. 39 da Lei 9.250 de 26 de dezembro de 1995, que estabeleceu a utilização da taxa SELIC, uma vez que essa taxa não foi criada para fins tributários.

II - Taxa SELIC, indevidamente aplica como sucedâneo dos juros moratórios, quando na realidade possui natureza de juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

III - Impossibilidade de equiparar os contribuintes com os aplicadores; estes praticam ato de vontade; aqueles são submetidos coativamente a ato de império.

IV - Aplicada a Taxa SELIC há aumento de tributo, sem lei específica a respeito, o que vulnera o art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

V Incidente de inconstitucionalidade admitido para a questão ser dirimida pela Corte Especial.

(Recurso Especial nº 215.881, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto, DJ 03.04.00)"

CONCLUSÃO

De tudo o quanto foi exposto, requer a Impugnante que sejam acolhidas as suas razões de defesa, julgando-se inteiramente improcedente o auto de infração lavrado, devendo-se afastar por completo a exigência fiscal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

| |
|--------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 221 06 1 04 |
| VISTO |

| |
|----------|
| 2ª CC-MF |
| Fl. |

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553

Caso, todavia, apenas por hipótese, entenda esse órgão julgador ser devido qualquer tributo pela Impugnante, deve então ser excluída a Taxa SELIC como índice de atualização/remuneração do valor devido.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção alguma”.

Apreciando as razões postas na impugnação, o Colegiado de primeira instância proferiu decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 31/01/1998 a 31/10/2001

Ementa: Recolhimento a Menor

Constatado recolhimento a menor da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, “ex vi legis”.

Exclusões da Base de Cálculo

Os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica integram a base de cálculo da contribuição para o PIS, visto que não há amparo legal para sua exclusão.

Juros - Limite Legal

O § 1º do art. 161 do CTN não impõe limite ao legislador ordinário para o estabelecimento da taxa de juros, portanto, pode a lei ordinária fixá-la em percentual diverso, superior ou inferior, a 1% ao mês.

Juros de Mora - Aplicabilidade da Taxa Selic

Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos a partir de abril de 1995, incidem os juros de mora equivalentes à taxa SELIC para títulos federais.

Lançamento Procedente.”

Intimada a conhecer da decisão em 29/10/2002, a empresa, insurreta contra seus termos, apresentou, em 27/11/2002, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com os mesmos argumentos e razões de dissentir postas na impugnação, e mais:

a) afirma o equívoco da decisão recorrida ao interpretar que pelo fato de os clientes da recorrente não possuírem vínculo contratual com as outras operadoras desfigura sua condição de mera intermediária ou cobradora dos serviços das outras;

b) alega, ainda, que quando os clientes da recorrente utilizam os serviços de telecomunicações fora da área de operação da recorrente estão, na verdade, celebrando contratos de prestação de serviços de telecomunicações com as outras operadoras, que é implícito e de adesão;

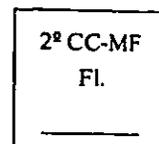
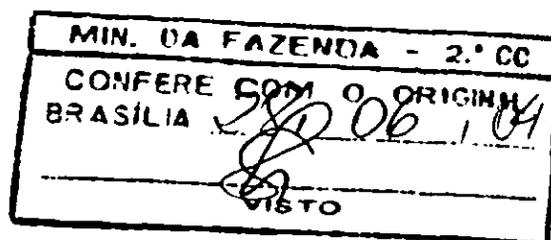
c) aduz que assumir o entendimento da decisão recorrida de que a recorrente estaria contratando outras operadoras de telecomunicações que dela receberiam pagamento, seria fazer tabula rasa do direito administrativo pátrio, ignorando-se conceitos e regras decorrentes do contrato de concessão celebrado entre a recorrente e o Poder Público e as normas reguladoras da Anatel. Seria reconhecer

P



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553



que a recorrente estaria habilitada a prestar serviços de telecomunicações em todo o país e no âmbito internacional, o que não corresponde à realidade;

d) a interconexão nacional entre as operadoras de telefonia móvel se dá em função de imposição legal e não pelo livre alvedrio da recorrente em contratar com tais e quais;

e) a norma expedida pela Anatel é clara e incisiva em determinar que a quantia cobrada relativa ao serviço de "roaming" e de DDI deve ser repassada para a concessionária que efetivamente prestou tal serviço, o que configura que as quantias arrecadadas pela recorrente são receitas de outras concessionárias de SMC, não podendo sujeitar-se à tributação da COFINS como se receita sua fosse; e

f) alega ser irrelevante a revogação do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, de vez que não altera o foco da discussão. Entende que os conceitos de receita e faturamento são extraídos do Direito Privado e da própria Constituição Federal, não podendo ser alterados pela legislação tributária, conforme o art. 110 do CTN. Reproduz parte de artigo do douto tributarista Ricardo Mariz de Oliveira, para afirmar, dentre outras coisas, que receita é um conceito jurídico, sendo fator de aumento de patrimônio. Reproduz, também, jurisprudência dos 1º e 2º Conselhos de Contribuintes para reafirmar sua tese.

Por derradeiro, requer o provimento do recurso voluntário, com a reforma integral do acórdão recorrido, afastando-se a exigência fiscal. Em caso de entendimento diverso do requerido, deve ser afastada a aplicação da Taxa SELIC como índice de atualização/remuneração do valor devido.

Anexou parecer do douto tributarista Ricardo Mariz de Oliveira abordando a matéria que motivou a autuação.

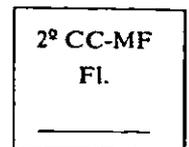
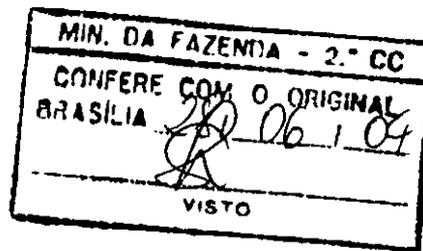
A autoridade preparadora informa a efetivação do arrolamento de bens para fins de garantir a instância recursal, conforme fl. 1.048.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553



VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

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

O ponto nodal da matéria enfocada no recurso voluntário, que se constitui, também, no epicentro motivador da lavratura do auto de infração e da decisão proferida no acórdão recorrido, é a inserção na base de cálculo da COFINS devida pela recorrente dos valores por ela recebidos a título de serviços de “roaming” e “DDI”.

Em que pese todos os argumentos apresentados com clareza e persistência pela recorrente, não vejo como, dentre todos eles, entender serem conflitantes os conceitos e regras decorrentes do contrato de concessão celebrado entre a recorrente e o Poder Público e as normas reguladoras da Anatel e as normas tributárias. Trata-se de situações jurídicas totalmente autônomas, reguladas por sub-ramos do ordenamento jurídico brasileiro que, tendo relação entre si pelo fato de comporem um todo jurídico, não guerreiam naquilo que a cada um compete em particular.

De fato. Uma coisa é o direito administrativo regulando as relações do Estado com o particular nas concessões de serviços públicos. Outra coisa são as leis que regulam a tributação decorrente de tais concessões.

A lei que regula a transformação pela União das permissões de serviços de radiocomunicação móvel terrestre em concessões, bem como as regras relativas à celebração de contratos de concessão, não se reportaram às consequências tributárias de tais atos jurídicos.

Portanto, os resultados do exercício das atividades econômicas decorrentes desses atos jurídicos submetem-se à legislação pertinente em cada circunstância que houverem sido por ela juridicizada.

No caso da legislação tributária, que aqui se cuida, particularmente, entendo que as normas de regência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, Lei Complementar nº 70/91 e Lei nº 9.718/98, ao definir e detalhar a base de cálculo da exação, definiu e detalhou, também, as exclusões possíveis.

Analisando o comando do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e seu § 1º :

“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.” (destaque inserido)

A irrelevância da classificação contábil adotada para as receitas liga-se ao fato de que a adoção de regras da contabilidade e dos contratos que sejam mais convenientes aos contribuintes não pode interferir na formação da base de cálculo.

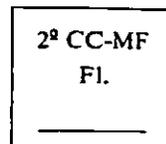
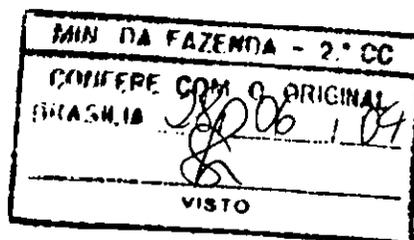
Alega a recorrente que os conceitos de receita e faturamento são extraídos do Direito Privado e da Constituição Federal, não sendo passíveis de alteração, nos termos do art. 110 do CTN.

O artigo 110 limita a possibilidade de a lei tributária alterar os referidos conceitos “para definir ou limitar competências tributárias”. Não se trata aqui de definir ou limitar



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553



competência tributária, mas, antes, de exercê-la. Portanto, não pode a dinâmica da legislação tributária, que impescinde do estabelecimento de novas regras específicas em cada situação e a superveniência de novos fatos no tempo serem freados por limitação imposta à lei tributária, conforme entendimento expressado pela recorrente.

A lei tributária pode, sim, alterar ou adequar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado naquilo em que for determinante para a composição da matriz de incidência de um tributo específico.

Cuidando de impedir a ocorrência de elisões legais na composição da base de cálculo da COFINS (e, com isso, a existência de receitas que pudessem vir a ficar fora do campo de incidência da tributação) principalmente atentando para o fato de ser ela um tributo cumulativo, cuidou o legislador dessa contribuição de estender elasticamente o conceito de receita bruta, alcançando todas as receitas que transitassem pelo faturamento das empresas. Portanto, esse é o conceito legal de receita inserido no âmbito da legislação que rege especificamente esta contribuição e o PIS.

A recorrente alega que a revogação do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não muda o enfoque do problema, sob a alegação de que os valores tributados não podem ser conceituados como receita bruta sua. Baseia-se, inteiramente, na legislação relativa às concessões do setor de telecomunicações.

É da praxis legislativa não deixar que as interpretações das normas possam ser efetuadas de acordo e na dependência da característica específica do caso concreto.

Assim, excluir as receitas de *roaming* e DDI, inseridos no faturamento da recorrente, mesmo que somente para receber e repassar a terceiros, da base de cálculo da COFINS é dar tratamento casuístico à formação da base de cálculo dessa contribuição.

Tanto assim é que, para reforçar o entendimento aqui defendido, não se exclui da base de cálculo das contribuições sociais o ICMS incluso no preço. E porque não, se o contribuinte de direito do ICMS é mero agente arrecadador e depositário desse valor, recebendo-o do adquirente do produto ou serviço e entregando-o ao Estado?.

Como já pacificado neste Conselho e também no judiciário, se não há na lei permissão expressa para que se opere tal exclusão, não há como, juridicamente, seja excluída da base de cálculo a receita inserida no faturamento da recorrente, mesmo que a ela não se destine.

No caso das concessionárias de serviços de telecomunicações a lei não abriu exceção para que pudesse ser excluída a receita de terceiros que transita pelo seu faturamento, a exemplo de outros tipos de atividade tais como previdência privada, consórcio de empresas da construção pesada, onde é muito comum a execução do serviço em parceria, porém com o faturamento ocorrendo somente em nome de uma, e outras atividades.

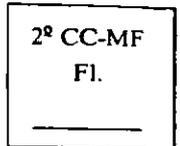
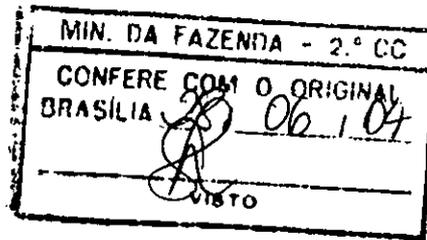
A lei abriu essa possibilidade para que o Poder Executivo efetivasse a regulamentação de tal exclusão.

Tanto é assim que o legislador preocupou-se em possibilitar que o Poder Executivo pudesse, por uma forma legislativa mais simples e rápida – o decreto, definir exclusões da base de cálculo, além das que inseriu no texto legal.

Antes mesmo de ser regulamentado, o permissivo legal foi revogado.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10166.005507/2002-91
Recurso nº : 122.881
Acórdão nº : 203-09.553

Assim, entendo não caber especular sobre possíveis definições do termo “receita”. A própria norma jurídica positivou a definição de receita bruta para fins de apuração da base de cálculo da COFINS, enumerando as deduções e exclusões possíveis de serem efetivadas.

Quanto à alegação de ilegalidade da imposição da Taxa SELIC sobre o débito cobrado, verbera a recorrente pela inconstitucionalidade de sua aplicação, nos moldes do artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20/06/1995.

Nada traz a contribuinte em seu recurso que lhe possa eximir, pelo menos em sede administrativa, dos juros de mora calculados com base na taxa SELIC. Na verdade, a exigência dos juros apurados a partir deste índice está prevista em disposições literais de lei (artigo 13 da Lei n.º 9.065/1995), não havendo como afastá-la sem expurgar, também, tais dispositivos literais da norma.

Em casos como este, em que a única forma de afastar uma determinada exigência fiscal é a de negar validade aos atos legais que a prevê, bastante limitada resta a atuação do julgador administrativo. É que em razão de o assunto estar disciplinado em disposição literal de lei regularmente editada e em face de às instâncias administrativas não ser dada a atribuição de apreciar questões relacionadas com a legalidade ou constitucionalidade de qualquer ato legal, descabidas tornam-se quaisquer manifestações deste juízo, vez que sua apreciação compete ao judiciário, que detém o monopólio da apreciação da ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Ressalte-se, ademais, que o Código Tributário Nacional outorga à lei ordinária a faculdade de estipular os juros de mora incidentes sobre os créditos não integralmente pagos no vencimento, estabelecendo em seu artigo 161, § 1º, que os juros serão calculados à taxa de 1%, **se outra não for fixada em lei**, inexistindo qualquer comando que permita interpretar ser este o percentual máximo admissível. A melhor exegese tem demonstrado que o permissivo para que a lei fixe outra taxa é neutro, ou seja, não baliza tal percentual nem como máximo, nem como mínimo, somente como aquele a ser aplicado no caso de ausência de qualquer outro.

Em matéria tributária, infere-se que a exigência dos juros de mora com base em taxas flutuantes, como a TRD e SELIC, além de não encontrar qualquer óbice de natureza constitucional, atua, por outro lado, como fator inibidor da inadimplência fiscal.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004


MARIA CRISTINA ROZADA COSTA