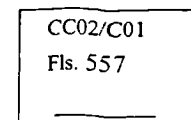
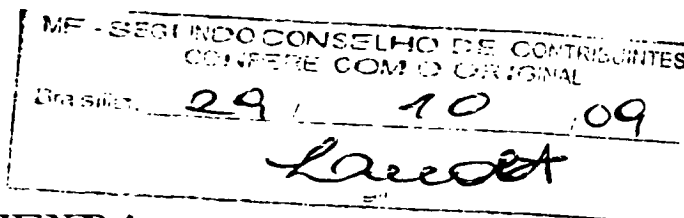




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA



Processo nº 10580.005285/2003-04
Recurso nº 134.703 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.302
Sessão de 06 de agosto de 2008
Recorrente TELEBAHIA CELULAR S/A
Recorrida DRJ em Salvador - BA

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

Período de apuração: 01/02/2002 a 28/02/2002, 01/03/2002 a 31/03/2002, 01/08/2002 a 31/08/2002, 01/09/2002 a 30/09/2002, 01/10/2002 a 31/10/2002, 01/12/2002 a 31/12/2002

**COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. OPERAÇÕES DE
SWAP. VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.718/98.**

Deve ser cancelado o auto de infração lavrado para fim de exigir a Cofins devida sobre as receitas financeiras decorrentes das aplicações de *swap* durante a vigência da Lei nº 9.718/98, em vista da inconstitucionalidade declarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, exceto para o valor indevidamente deduzido da base de cálculo.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo os valores acrescidos com base na Lei nº 9.718/98.

Processo nº 10580.005285/2003-04
Acórdão n.º 201-81.302

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	29 / 10 / 09
Luoda	

CC02/C01
Fls. 558

Esteve presente ao julgamento, tendo feito sustentação oral em 05/06/2008, a advogada da recorrente, Dra. Maria Elisa Mac-Culloch, OAB-DF 26.665.

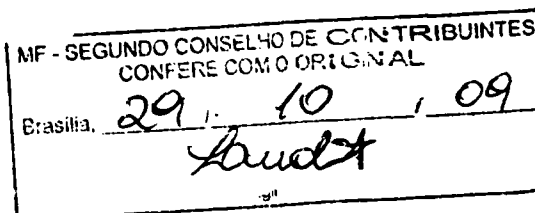
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fabiola Cassiano Keramidas
FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se o processo de auto de infração (fls. 07/08, vol. I) lavrado com a finalidade de constituição da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativa aos períodos de apuração dos meses de fevereiro, março, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2002.

O autuante informa no Termo de Verificação de fls. 09/11, vol. I, que a recorrente, nos meses em que especifica, deduziu da base de cálculo da Cofins valores contabilizados na conta "Receitas" com a denominação "Cobertura Risco Derivativo" e "Cobertura Risco Deriv. Disp.". Intimada a esclarecer este procedimento à fl. 14, informou que estas contas, analíticas, credoras, registram a movimentação decorrente da variação cambial nas operações de *hedge* (fls. 15/18, vol. I).

Ainda segundo o autuante, a norma contida no art. 30 da MP nº 2.158-35 não autoriza a apropriação de despesas cambiais ou eventuais perdas com o investimento como redutoras das receitas para efeito de cálculo da Cofins. Tendo a recorrente optado pelo regime da competência para a contabilização de tais operações, o fez por sua própria conta e risco, indevidamente. A regra geral é a apropriação do resultado do investimento no momento da liquidação da correspondente operação. No mês de setembro de 2002 o lançamento decorre da indevida compensação efetuada, ante a inexistência do crédito no valor de R\$ 227.999,11, relativa ao mês de agosto.

A Fiscalização elaborou a planilha denominada "Telebahia Celular Recomposição da Base de cálculo da Cofins" (fl. 12, vol. I), incluindo, anexa ao auto de infração, a planilha apresentada pela recorrente "Telebahia Celular Demonstrativo de apuração da Cofins" (fl. 19, vol. I). Aos autos foram anexadas as cópias do Balanço Analítico às fls. 20/185, vol. I.

Inconformada, a recorrente apresentou suas razões de impugnação (fls. 190/216, vol. I), alegando em sua defesa, em síntese, o que segue:

a) acerca das operações de *swap*, notadamente as utilizadas com a finalidade de *hedge*, nos termos do § 1º do art. 77 da Lei nº 8.981/95 e das Circulares do Banco Central do Brasil nºs 2.348, de 30/07/1993, e 3.082, de 30/01/2002, as aplicações financeiras de *swap* somente geram efeitos jurídicos quando da sua respectiva liquidação;

b) o *hedge* é o instrumento destinado à proteção de ativos e passivos contra variações futuras das variações de preços, classificam-se como aplicações financeiras de renda variável, não tendo tais operações o objetivo de obtenção de qualquer vantagem patrimonial ou fiscal, apenas deixar a salvo da variação cambial o capital que seria usado na liquidação de obrigações indexadas em moeda forte;

c) enquanto no regime geral contábil das aplicações financeiras de renda variável a boa prática determina o reconhecimento de eventuais ganhos somente quando da liquidação da respectiva operação, os ganhos e perdas temporários no caso das aplicações financeiras de *swap*, com finalidade de *hedge*, devem ser reconhecidos de forma coerente em relação às variações cambiais incidentes sobre os direitos e obrigações objeto de *hedge*;

d) a “receita” tida como mero lançamento a crédito em conta de resultado de exercício, registrada em função das oscilações de índices econômico-financeiros atrelados às operações de *swap/hedge*, é meramente escritural, pois somente após a liquidação da operação de *swap* é que se observa o efeito jurídico na esfera patrimonial do titular deste tipo de aplicação financeira;

e) até que as operações sejam definitivamente liquidadas a recorrente permaneceria sujeita às oscilações dos índices econômico-financeiros permutados (*swap*), tendo o próprio Conselho de Contribuintes já reconhecido a existência de condição em determinadas operações financeiras lastreadas em taxas de juros;

f) o próprio art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, expressamente determina que a forma de classificação contábil das receitas auferidas não se presta para a definição de receita tributável, ou seja, há a necessidade de que as receitas sob estudo ingressem efetivamente no patrimônio do contribuinte, pois do contrário não são receitas auferidas, conforme resposta de Consulta nº 118, de 03/07/2003, que transcreve e requer seja aceita por analogia;

g) a sistemática de contabilização aplicável às operações de renda variável determina que somente na liquidação da aplicação financeira haverá lançamentos contábeis nos resultados do exercício, pois somente neste momento haverá uma efetiva receita ou despesa, como instrui a própria CVM na Instrução CVM nº 235, de 23/03/1995, no reconhecimento dos instrumentos financeiros como ativo ou passivo no balanço patrimonial, que deve evidenciar, em nota explicativa às demonstrações financeiras e trimestrais, o valor de mercado desses instrumentos;

h) registra, ainda, que, apenas para oferecer maior transparência, a recorrente passou a registrar mensalmente as variações financeiras das operações *swap/hedge*, todavia, o agente fiscal, aproveitando-se destes meros registros contábeis relativos às flutuações dos índices econômico-financeiros, alegou que a recorrente teria optado pelo regime de competência, prescindido de importante recurso contábil previsto no art. 30, § 1º, da MP nº 2.158-35, de 24/08/2001;

i) as operações de *swap*, ainda que contratadas com a finalidade de *hedge* cambial, não representam direito de crédito em função da taxa de câmbio, e, portanto, não se lhes aplica o comando normativo da opção entre os dois regimes, posto se aplicar somente às variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte;

j) o procedimento da impugnante segue as determinações proferidas pelo Ibracon e pela CVM, no sentido de que os resultados decorrentes da utilização de derivativos, contratados com a finalidade de proteção cambial, devem ser registrados nos resultados do exercício, a fim de evidenciar que os passivos indexados em moeda forte estão protegidos;

l) em virtude de ter apresentado erroneamente ganhos temporários à tributação, a recorrente efetuou a compensação dos respectivos créditos tributários de Cofins, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91 e em conformidade com a IN SRF nº 21/97, art. 14;

m) o procedimento adotado acabou favorecendo o Fisco, pois eventual receita efetivamente auferida ao término das operações de *swap/hedge* foram incluídas na base de cálculo da Cofins, uma vez que os ganhos temporários foram antecipadamente oferecidos à tributação, restando demonstrada e comprovada a absoluta falta de verdade da apuração fiscal;





MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COMO CANCELAL	
Brasília, 29 / 10 / 09	<i>Lauro</i>

n) alega ainda a impossibilidade de inclusão das receitas financeiras na base imponible da Cofins, em vista do inconstitucional alargamento da base de cálculo do tributo trazido pelas alterações previstas na Lei nº 9.718/98; e

o) ademais, critica a utilização da taxa Selic para cômputo de juros moratórios de débitos fiscais.

Após analisar as razões trazidas pela recorrente, a 4ª Turma da DRJ em Salvador - BA proferiu o Acórdão nº 10.067 (fls. 408/417, vol. I), por meio do qual entendeu por bem manter o auto de infração lavrado, *verbis*:

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

Data do fato gerador: 28/02/2002, 31/03/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 31/12/2002

Ementa: JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. No processo administrativo fiscal as provas devem ser apresentadas desde logo com a impugnação do lançamento, admitindo-se a sua juntada posteriormente somente se demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, referir-se a fato ou direito superveniente ou destinar-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, não se podendo decidir, em âmbito administrativo, pela ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

VARIAÇÕES CAMBIAIS.

As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira compõem a base de cálculo da Cofins e, se tributadas pelo regime de competência, devem ser reconhecidas a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

Inexiste previsão legal que permita à pessoa jurídica compensar a Cofins devida em um determinado mês com suposto crédito relativo à contribuição incidente sobre as variações cambiais ativas dos meses anteriores.

ACRÉSCIMOS LEGAIS.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela administração em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente e dos juros moratórios acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Lançamento Procedente". (destaquei)

[Assinatura]

[Assinatura]

Processo nº 10580.005285/2003-04
Acórdão n.º 201-81.302

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	29 / 10 / 09
Lauda	

CC02/C01
Fls. 562

Conforme se verifica dos termos do Acórdão transcrito, a razão principal para a manutenção do auto de infração refere-se ao fato de a Fiscalização concluir que a recorrente optou pelo regime de competência, o que inviabilizaria a alteração de sua opção para o regime de caixa e, conseqüentemente, para a tributação apenas do resultado final da operação financeira.

Indignada, a recorrente recorreu voluntariamente (fls. 428/453, vol. II) da decisão que lhe foi contrária, reiterando as argumentações trazidas em sua impugnação.

É o Relatório.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFÉRENCIA ORIGINAL	
Brasília, 29 / 10 / 09	
Lauda	

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração lavrado para fim de exigir a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins que seria devida, no entender da Fiscalização, sobre o resultado financeiro das operações de *swap/hedge* realizadas pela recorrente e contabilizadas pelo regime de competência. A questão estaria exatamente neste ponto, pois, apesar de ter escolhido o regime de competência, a recorrente apresentou os valores auferidos à tributação apenas quando da efetiva realização das operações, como se estas estivessem sujeitas, portanto, ao regime de caixa.

Nos termos autuados, os fatos geradores referem-se aos seguintes períodos: 28/02/2002, 31/03/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002 e 31/12/2002, todos ocorridos durante a vigência da Lei nº 9.718/98.

Verifico que se aplica ao caso questão preliminar que o resolve de plano, referente à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, que passou de faturamento para totalidade de receitas. Tal entendimento decorre do fato de, uma vez mantido o conceito originário e contábil de faturamento, inviabilizar-se a manutenção do auto de infração.

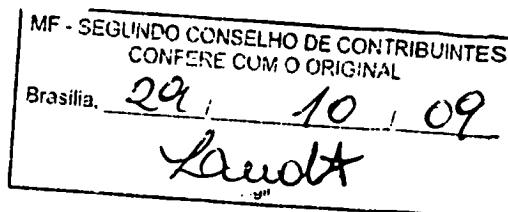
É de domínio público que, ao julgar os RREE nºs 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), **o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98**, por entender que a ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 16/06/2006, pág. 17, Ement Vol-02237-03, PP-00481; Acórdão da 1ª Turma do STF nos Emb. de Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, Ement Vol-02238-03, PP-00428; Acórdão da 1ª Turma nos Emb. de Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, Ement Vol-02238-03, PP-00538).

Parafraseando o Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, que inicialmente trouxe a esta Câmara o entendimento da possibilidade de aplicação pelos tribunais administrativos de decisão do pleno do STF, cito:

“Por seu turno, analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o Egrégio STJ recentemente esclareceu que ‘a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para

João

João



qualquer efeito' e, 'embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF' (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 15/05/2006, pág. 186).

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (arts. 150, inciso I, da CF/88; e 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às base de cálculos do Cofins e PIS/Pasep adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza." (destaquei)

Desta feita, e em vista do fato de o auto de infração ter como fundamento a base de cálculo ampliada trazida pelo conceito de faturamento previsto na Lei nº 9.718/98, é certo que a constitucionalidade da norma vicia por completo a autuação, que, nem que seja apenas por este motivo, não pode subsistir.

Todavia, ainda resta uma questão a ser analisada, qual seja, a forma de contabilização das receitas financeiras da recorrente. Não em razão do regime de competência e/ou caixa, pois esta questão perdeu a importância, em vista da aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo trazida pela Lei nº 9.718/98. O ponto a ser analisado refere-se à prática efetivada pela recorrente. É que da análise dos autos verifico que a recorrente, ao contabilizar as receitas decorrentes das operações de *swap/hedge*, deduziu da base de cálculo da Cofins, além das variações cambiais passivas, também as variações cambiais ativas. Essa atitude diminuiu o valor do tributo a pagar sem qualquer justificativa, sendo certo que sequer a adoção de regime de caixa ou competência esclarece a adoção deste procedimento pela recorrente.

Desta forma, independente da questão referente ao regime contábil adequado ou da tributação destes valores (pela Lei nº 9.718/98), a autuação referente à dedução destes valores da base de cálculo deve ser mantida.

Em resumo, o auto de infração deve ser retificado para o fim de cancelar os valores de base de cálculo referentes a outras receitas, sendo mantido o *quantum* relativo aos valores indevidamente deduzidos (variação cambial), conforme quadro abaixo:

RECOMPOSIÇÃO DA BC PARA EXCLUIR OS EFEITOS DA VCA e VCP

(considerados pela Fiscalização e pela Recorrente)

Contas Contábeis	Fev/02	Mar/02	Ago/02	Set/02	Out/02	Dez/02
411.99.999	34.026.339,1 1	35.981.473,9 1	34.972.822,53	33.681.857,05	36.051.575,64	38.575.885,61
(491.11.999+491.21.999+491.31.100)	(1.595.461,2 5)	(1.557.891,9 8)	(1.676.425,12)	(1.330.755,53)	(2.161.452,07)	(1.887.935,42)
415.99.999	4.256.516,16	5.830.643,47	7.494.476,45	4.446.548,28	7.026.609,51	15.579.282,36
(491.12.999+491.22.999+491.32.100)	(1.297.148,9 6)	(1.771.001,3 1)	(2.821.389,67)	(1.914.797,35)	(2.768.457,94)	(5.212.374,98)
Base de Cálculo	35.390.245,0 6	38.483.224,0 9	37.969.484,19	34.882.852,45	38.148.275,14	47.054.857,57
Alíquota Aplicável	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%
COFINS DEVIDA	1.061.707,35	1.154.496,72	1.139.084,52	1.046.485,57	1.144.448,25	1.411.645,72
COFINS DECLARADA NA DCTF	841.191,34	1.163.644,76	-	3.807.460,21	183.901,39	1.184.549,11
DIFERENÇA TRIBUTÁVEL	220.516,01	-0-	1.139.084,52	-0-	960.546,86	227.096,61
COFINS Lançada	242.766,51	14.873,30	1.177.668,76	227.999,11	1.003.194,94	280.296,77
Valor Exonerado	22.250,50	14.873,30	38.584,24	227.999,11	42.648,08	53.200,16
AI Mantido pelo 2CC	220.516,01	-0-	1.139.084,52	-0-	960.546,86	227.096,61

Ante o exposto, entendo por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, cancelando o auto de infração, nos termos da planilha supra, excluindo da base de cálculo o valor sobre as receitas financeiras decorrentes das operações de *swap* durante a vigência da Lei nº 9.718/98.

É como voto.

Sala das Sessões, em 06 de agosto de 2008.


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

