



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10680.009586/2004-51
Recurso nº 149.995 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.702
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente EGL EMPREENDIMENTOS GERAIS LTDA.
Recorrida DRJ em Belo Horizonte - MG

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 05 / 14 / 09

CC02/C01

Fls. 346

Ruola

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/10/2003

**PIS. DECADÊNCIA. LEI Nº 8.212/91. INAPLICABILIDADE.
SÚMULA Nº 8 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

O prazo para constituição das contribuições sociais, incluindo as previdenciárias, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Inteligências da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal: *"São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"*.

**TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO PARA TERCEIROS.
APLICAÇÃO IMEDIATA DA EXCLUSÃO PREVISTA NA
LEI Nº 9.718/98. IMPOSSIBILIDADE.**

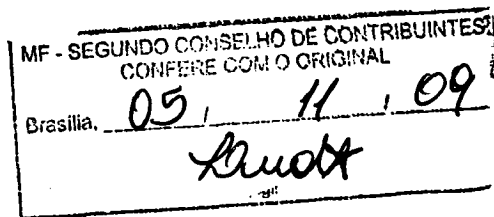
O Egrégio Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que a Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 2º, III, é norma de eficácia limitada, do que se depreende que a ausência de regulamentação inviabiliza a sua aplicação.

**LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. PLENO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DE
ENTENDIMENTO.**

Em vista da inconstitucionalidade proclamada pelo STF acerca do alargamento da base de cálculo da Cofins, trazido pela redação do art. 3º da Lei nº 9.718/98, o qual equiparava faturamento à totalidade de receitas, inadmissível a manutenção dos autos de infração que foram lavrados quando a norma era considerada válida. Em primeiro lugar, porque lei nula não produz efeitos e não constitui suporte válido para auto de infração. Em segundo

[Assinatura]

[Assinatura]



lugar, por economia processual e para evitar a posterior sucumbência da Fazenda Nacional no âmbito judicial.

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 reconhecer a decadência dos períodos até julho de 1999, inclusive, e excluir da base de cálculo a parcela das receitas financeiras, em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98. O Conselheiro Alexandre Gomes declarou-se impedido de votar, em razão da matéria em relação às transferências das comissões como receitas para outras pessoas jurídicas. Esteve presente ao julgamento a advogada da recorrente, Dra. Maisa de Deus Aguiar, OAB/DF nº 20.514, e havia feito sustentação oral, em 04/12/2008, o advogado da recorrente, Dr. Tadeu Negromonte, OAB/MG nº 97.692.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fabiola Cassiano Keramidias
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 e Gileno Gurjão Barreto.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05, 11, 09
Quota

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para constituir débito de PIS - **ciência dada à contribuinte em 05/08/2004** -, fl. 04, devido em razão de valores considerados pela Fiscalização como indevidamente retirados da base de cálculo do tributo. A dedução foi realizada pela contribuinte em razão de esta entender possível pelas características de sua natureza financeira.

Importa relatar que a recorrente, até o ano de 1999 (inclusive), dedicava-se ao ramo de corretagem de títulos e valores mobiliários, atuando sob a razão social de BMG Corretagem S/A, sendo sucedida, em 01/01/2000, pela EGL Empreendimentos Gerais Ltda., cujo objeto social é a participação em outras sociedades. Apesar de não ser mais instituição financeira, informa o Agente Fiscal - fl. 13 - que a recorrente, durante todo o período fiscalizado, utilizou a estrutura contábil da Cosif.

Foram realizadas deduções nos anos de 1999 a 2003, pelas seguintes razões:

a) ano de 1999: excluídos valores relativos a comissões de terceiros, pois estes valores pertenciam à BMG DTVM e foram transferidos para este. Entendeu a fiscalização que esta dedução não era legalmente permitida, em vista da impossibilidade de aplicação imediata do inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98;

b) ano de 2000: excluídas as perdas incorridas com ações em companhias abertas. Entendeu a Fiscalização que inexistia previsão legal para a dedução de perdas financeiras; e

c) anos de 2001 a 2003: dedução decorrente de perdas incorridas com aplicação financeira em Notas do Banco Central - NBC e com operações de *swap*. Em relação a estes itens, concluiu a Fiscalização pela inexistência de previsão legal, bem como pela contabilização das variações cambiais (ativas/passivas) destas operações pelo regime da competência, e não caixa.

Inconformada, a recorrente interpôs impugnação às fls. 203/223, vol. I, por meio da qual pleiteou o cancelamento do auto de infração:

(i) em razão da decadência, para os fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro a julho de 1999;

(ii) no tocante ao período de fevereiro de 1999 a agosto de 1999: trata-se de intermediação de negócios financeiros, o que justifica a transferência de comissões recebidas em nome de outra empresa do grupo, nos termos do art. 6º, c/c o art. 11, inciso II, da Instrução nº 215, de 08/06/94, da CVM. Alega a recorrente que não se trata de dedução da base de cálculo, mas ajustes contábeis comprovando, ainda, que o valor foi oferecido à tributação pela empresa DTVM; e

(iii) no tocante ao período de 2001 a 2003: defende que a variação cambial não representa receita e, portanto, não compõe a base de cálculo do PIS/Cofins e, em relação às NBC, que o valor oferecido à tributação foi superior ao efetivamente auferido no rendimento do título adquirido.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05 / 11 / 09
Ludt

Após analisar as razões apresentadas, a Primeira Turma da DRJ em Belo Horizonte - MG proferiu o Acórdão nº 02-13.916 (fls. 289/308, vol. I), *verbis*:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/10/2003

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito relativo à Contribuição para o PIS decai em dez anos.

Verificada a falta de recolhimento da contribuição, impõe-se o lançamento de ofício nos termos da legislação vigente.


Não encontra guarida na legislação tributária a exclusão a título de ‘rateio administrativo’, para reduzir a base de cálculo da contribuição.

A partir de 01/01/00, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, segundo o regime de caixa ou, a opção do contribuinte, segundo regime de competência.

Lançamento Procedente”.

Inconformada com a manutenção do auto de infração, a recorrente opôs recurso voluntário às fls. 318/343, vol. II, por meio do qual reiterou os argumentos trazidos em sua impugnação.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL		CC02/C01
Brasília, 05, 11, 09		Fls. 350
Laudt		

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

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

Dos termos relatados concluo que três são os aspectos a serem analisados nos presentes autos: (i) a ocorrência de decadência; (ii) a possibilidade de dedução da base de cálculo do tributo do valor transferido a terceiros; e (iii) a possibilidade de tributação de valores decorrentes de receitas financeiras (variação cambial, NBC, *swap*).

(i) Decadência

Em sede de preliminar, reconheço ter ocorrido a **decadência dos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e julho de 1999**, uma vez que a ciência do auto de infração se deu em **agosto de 2004**.

É de conhecimento geral que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários n°s 559.664, 559.882 e 559.943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante n° 8, *verbis*:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n° 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

A simples edição da citada súmula já é suficiente para o cancelamento do presente auto de infração. Não apenas em razão de ser vinculante, mas em virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal que pretendia majorar em mais 5 (cinco) anos o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir tributos.

(ii) Da dedução da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores transferidos para outra pessoa jurídica

Neste item a recorrente defende a litude de sua pretensão de deduzir da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores transferidos para outra pessoa jurídica. A questão cinge-se à interpretação do inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei n° 9.718/98, que determina:

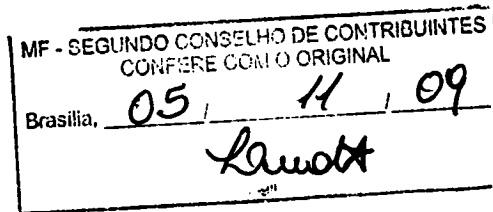
“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 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.

§ 2º - Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º excluem-se da receita bruta:

JCM

JCM



(...)

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo poder executivo.” (destaquei)

De acordo com a interpretação emprestada da Secretaria da Receita Federal externada por meio do Ato Declaratório SRF nº 56/2000, o dispositivo acima exposto, para ser aplicado, necessita de regulamentação, e a falta de regulamentação inviabiliza a sua aplicação, a saber:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e considerando ser a regulamentação, pelo Poder Executivo, do disposto no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, condição resolutória para sua eficácia;

considerando que o referido dispositivo legal foi revogado pela alínea b do inciso IV do art. 47 da Medida Provisória nº 1.991-18, de 9 de junho de 2000;

considerando, finalmente, que, durante sua vigência, o aludido dispositivo legal não foi regulamentado,

declara:

não produz eficácia, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS, no período de 1º de fevereiro de 1999 a 9 de junho de 2000, eventual exclusão da receita bruta que tenha sido feita a título de valores que, computados como receita, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica.” (destaquei)

Contrariamente, entende a recorrente que a lei é auto-aplicável, provavelmente seguindo a linha de que as normas regulamentadoras jamais poderiam diminuir o benefício fiscal concedido, posto que tais regras não têm o condão de dispor sobre a base de cálculo das contribuições.

A questão já foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo no tocante à interpretação das normas infraconstitucionais:

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE RECEITAS TRANSFERIDAS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. LEI 9.718/91, ART. 3º, § 2º, III. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO.

1. É de sabença que na dicotomia das normas jurídico-tributárias, há as cognominadas leis de eficácia limitada ou condicionada. Consoante a doutrina do tema, ‘as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia.’ Isto porque, ‘não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem’.

[Assinatura]

[Assinatura] 6

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05 / 11 / 09
Laudt

2. A lei 9.718/91, art. 3º, § 2º, III, optou por delegar ao Poder Executivo a missão de regulamentar a aplicabilidade desta norma. Destarte, o Poder Executivo, competente para a expedição do respectivo decreto, quedou-se inerte, sendo certo que, exercendo sua atividade legislativa constitucional, houve por bem retirar a referida disposição do universo jurídico, através da Medida Provisória 1991-18/2000, numa manifestação inequívoca de aferição de sua inconveniência tributária.

3. Conquanto o art. 3º, § 2º, III, da Lei supracitada tenha ostentado vigência, careceu de eficácia, ante a ausência de sua imprescindível regulamentação. Assim, é cediço na Turma que 'se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000'.

4. Deveras, é lícito ao legislador, ao outorgar qualquer benefício tributário, condicionar o seu gozo. Tendo o legislador optado por delegar ao Poder Executivo a tarefa de estabelecer os contornos da isenção concedida, também essa decisão encontra amparo na sua autonomia legislativa.

5. Conseqüentemente, 'não comete violação ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional o decisório que em decorrência deste fato, não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS. In casu, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.'

6. Recurso Especial provido." (STJ - REsp nº 507.876/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 15/03/2004, p. 161 - destaquei)

De acordo com este raciocínio, o fato de a norma fazer referência a regras regulamentadoras, a transforma em norma de eficácia contida, condicionada à regulamentação para que produza efeitos. Neste sentido, a despeito de a regra ser válida e vigente, não possuiu o requisito da eficácia, suficiente para inviabilizar a sua aplicação.

Registro, ainda, que não importa que a empresa para qual foi realizada a transferência de valores seja do grupo econômico da recorrente, ou mesmo as regras da CVM que autorizam a transferência de valor a terceiros, pois, conforme confirmado pela própria recorrente, trata-se de receita decorrente de comissão que foi recebida pela recorrente como sua receita e apenas posteriormente repassada à DTVM. Importante registrar que a cumulatividade, inclusive, é de se presumir em tributos que incidem em cascata.

Logo, entendo estar com razão a recorrida (Fisco), especificamente no que se refere ao mês de agosto de 1999, não decaído.

(iii) Dedução de Perdas Incorridas no ano de 2000

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Em relação às exclusões das perdas incorridas com ações em companhias abertas, cumpre esclarecer que não há qualquer autorização legal ou contábil que permita a dedução destes valores da base de cálculo do PIS e da Cofins, razão pela qual a glosa procedida pela Fiscalização está correta.

(iv) Tributação de Receitas Financeiras 2001 a 2002

Verifico, ainda, que, nos anos de 2001 a 2002, a Fiscalização pretende tributar valores referentes a receitas financeiras diversas (variação cambial, NBC e *swap*) que deixaram de ser apresentadas à tributação. Neste caso se aplica questão preliminar que o resolve de plano, referente à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins, que passou de faturamento para totalidade de receitas, conforme Lei nº 9.718/98. Tal entendimento decorre do fato de, uma vez mantido o conceito originário e contábil de faturamento, inviabiliza-se a manutenção do auto de infração, lembrando que o período autuado situa-se sob a égide da cumulatividade do PIS e da Cofins.

É de domínio público que, "ao julgar os RREE 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 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", redação esta anterior à EC nº 20/98 (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 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 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 ampliou a base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e 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

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05 / 11 / 09
Lauda

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 (art. 150, inciso I da CF/88; arts. 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 parte 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 e uma vez que a constitucionalidade da norma vicia por completo a autuação, nem que seja apenas por este motivo, os valores autuados nos anos de 2001 a 2002 que se refiram às receitas financeiras não podem subsistir, ressalvado à Fiscalização a verificação e manutenção dos valores relativos ao faturamento.

(v) Tributação de Receitas Financeiras 2003

No tocante ao ano de 2003, raciocínio diverso deve ser aplicado. É que em 2003 já vigorava o sistema não-cumulativo da contribuição ao PIS, aplicável à recorrente em virtude de este encontrar-se submetido à apuração do Imposto de Renda pelo Lucro Real.

O sistema não-cumulativo não tem a si aplicado o entendimento de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do tributo, devendo as receitas financeiras serem normalmente tributadas.

Ante o exposto, concluo por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário apresentado, mantendo: (i) o valor autuado no mês de agosto de 1999, não decaído e decorrente da glosa da dedução de valores transferidos a terceiros da base de cálculo do tributo; (ii) a glosa realizada em relação ao ano de 2000; e (iii) a glosa das deduções procedidas quanto ao ano de 2003, em que a recorrente encontrava-se no regime não-cumulativo de apuração do PIS.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009.

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS