



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10768.018434/00-11
Recurso nº	136.668 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão nº	202-18.193
Sessão de	19 de julho de 2007
Recorrente	FORÇA CRESCENTE FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA.
Recorrida	DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ

Assunto: Contribuição para o Financiamento da
Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1999

Ementa: BASE DE CÁLCULO. RECEITA
FINANCEIRA.

A base de cálculo para a 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 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006. Os juros ativos recebidos de devedores, em razão de mora no pagamento, não compõem o faturamento.

AÇÃO JUDICIAL COM MESMO OBJETO AFASTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. Ao buscar do Poder Judiciário para ditare o direito de qual se considera titular, o contribuinte imprime a este ato o efeito jurídico de afastar qualquer manifestação da Administração Pública Tributária acerca da matéria, à vista da unicidade da jurisdição proclamada pela Constituição da República.

Recurso provido.

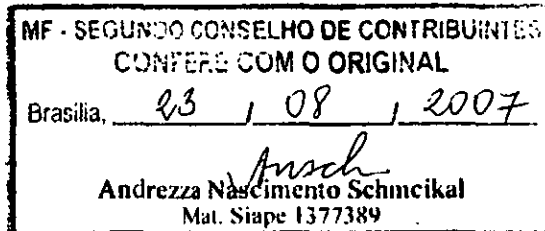
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	23 / 08 / 2007
 Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. S/ape 1377389	

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Judiciário; e II) na parte conhecida, em dar provimento ao recurso para excluir os juros ativos da base de cálculo da contribuição.


ANTONIO CARLOS ATULIM

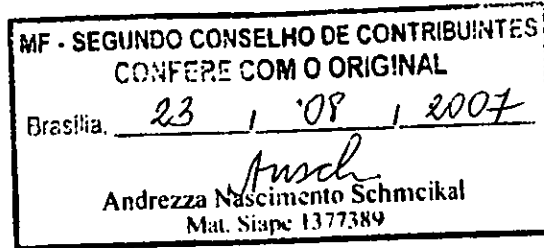
Presidente




MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomac e Maria Teresa Martínez López.

Ausentes os Conselheiros Antônio Lisboa Cardoso (justificadamente) e Claudia Alves Lopes Bernardino.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 4ª Turma de Julgamento da DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ.

Informa a decisão recorrida que a notificação de lançamento lavrada contra a recorrente refere-se a procedimento interno desenvolvido pela Divisão de Arrecadação da Deinf/RJO, relativo à Cofins.

Dessa atividade constatou a insuficiência de recolhimento da contribuição em foco quanto aos fatos geradores de janeiro a dezembro de 1997 e fevereiro a dezembro de 1999, motivado pela exclusão de valores recebidos da composição da base de cálculo da Cofins.

Duas são as matérias sobre as quais o Fisco está exigindo a Cofins e que compõem a lide:

1. inclusão na base de cálculo da Cofins das receitas oriundas da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face dos direitos creditórios;
2. inclusão na base de cálculo da contribuição dos juros ativos, decorrentes de recebimentos de créditos realizados a destempo pelo devedor, na base de cálculo relativa ao período de fevereiro a dezembro de 1999.

Em relação ao primeiro item, a recorrente alega que o deságio obtido em direitos creditórios não se compreende no conceito de venda de mercadorias ou de mercadorias e serviços, de vez que o título representativo da obrigação não é uma mercadoria e sua negociação não se configura serviço, tratando-se, pois, de parcela não sujeita à incidência da Cofins.

Informa a existência de ação em Mandado de Segurança e em sua petição inicial (fl. 124, item 47) requer a autorização judicial para promover o depósito judicial da Cofins incidente sobre o deságio na compra de direitos creditórios, a partir da impetração da ação, o que se deu em 28/02/2000 (fl. 125).

Constata-se que foi denegada a segurança pela 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro (fl. 109), encontrando-se a ação judicial em fase recursal para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Quanto ao item 2, alega que as compensações financeiras havidas a título de juros moratórios não se incluem no conceito de faturamento utilizado pela LC nº 70/1991.

A Turma Julgadora, apreciando as razões de impugnação, expediu acórdão, no qual considerou que houve insuficiência de recolhimento, em face da Lei nº 9.718/98, pela não inclusão dos juros moratórios na base de cálculo e, ainda, a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa pela concomitância entre as esferas administrativa e judicial quanto à inclusão do valor do deságio obtido em direitos creditórios.

Cientificada da decisão em 12/12/2005, a interessada apresentou, em 28/12/2005, recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes alegando a inserção das duas

matérias no contexto da Lei nº 9.718/98, cujo § 1º do art. 3º foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, afastando, no seu entendimento, as duas matérias da base de cálculo da Cofins, quais sejam, o deságio na aquisição de direito creditório e os juros ativos.

Requer a observância da decisão do STF e a reforma da decisão recorrida, concluindo pela não incidência da Cofins sobre juros ativos e deságio na aquisição de títulos ou qualquer outra receita financeira.

É o Relatório.

Ar

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 08 / 2007
Andrezza
Andrezza Nascimento Schmcikal
Mat. Sispac 1377389

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 08 / 2007
Andreza Nascimento Schmcikal
Mat. Sãope 1377389

Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche, em parte, os requisitos necessários à sua admissibilidade e conhecimento.

Relativamente à questão da admissibilidade e conhecimento parcial do recurso, mister esclarecer que, mesmo havendo decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do conceito e alcance do instituto do faturamento, para fins de incidência tributária, o fato é que a recorrente possui ação judicial própria com o mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Dessa maneira, fica suprimida a apreciação da matéria pela via administrativa, devendo-se aguardar a decisão judicial que formará norma legal individual e concreta entre as partes, descabendo aqui a emissão de qualquer juízo.

Como bem discorrido pela decisão vergastada, ao buscar do Poder Judiciário para ditar o direito do qual se considera titular, a recorrente imprimiu a este ato o efeito jurídico de afastar qualquer manifestação da Administração Pública Tributária acerca da matéria, à vista da unicidade da jurisdição proclamada pela Constituição da República.

Vale lembrar que deverá, também, ser verificada a existência de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional, o que compete à unidade tributária de jurisdição da recorrente.

Quanto aos juros compensatórios que a recorrente informa advir do recebimento de créditos pagos com impontualidade pelos devedores, pode tal matéria ser aqui apreciada por não constituir objeto de proteção judicial.

E, quanto a este quesito, deve, sim, ser apreciada a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, de vez que os juros ativos efetivamente não se enquadram no conceito de faturamento.

O RE 390840/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. Sobrepõe-se 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 do 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 n.º 9.715/98. Tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 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 n.º 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 n.º 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."

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasil, 23 / 08 / 2007
Andreza Nascimento Schimickal Mat. SIAPE 1377389

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 transcrever 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.”

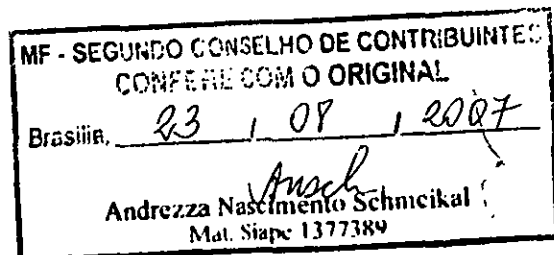
Mais adiante conclui:

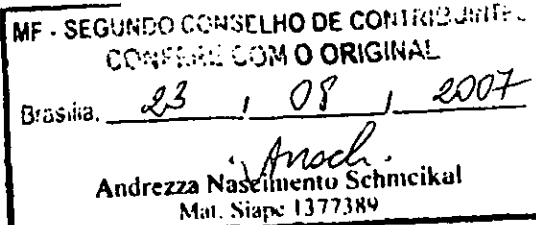
“A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso 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 inaugurais 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, em cumprimento ao disposto na Constituição Federal.

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, quer 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 compete ao julgador administrativo dar seqüência a exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos *ex tunc*, pela Corte constitucional.

Impende não olvidar da regra contida no parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil – CPC, cuja aplicação é subsidiária ao Decreto nº 70.235/72 e à Lei nº 9.784/99:

“Art. 481

(...)

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

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 a contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagarem 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, 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 os 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.

Nesse sentido e com base nessa premissa é que comanda o parágrafo único do art 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1979, *verbis*:

“Art. 4º (...)

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato

normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal."

Desse modo, deve ser afastada a exigência da Cofins, quanto aos valores relativos às receitas financeiras (juros ativos), não inseridas na base de cálculo pela recorrente exatamente por entender inconstitucional o comando legal que determinava a tributação de tal parcela.

Cabe ressaltar que as referidas receitas financeiras referem-se a pagamento efetuado com atraso, pelo devedor, dos títulos adquiridos pela recorrente. Tal receita, efetivamente, em qualquer atividade empresarial, não se constitui em receita de faturamento, assim compreendida a venda de mercadoria, mercadorias e serviços ou serviços, nem faz parte do objeto social da recorrente, uma vez que o objetivo e a expectativa tanto nesse tipo de atividade quanto em qualquer outro é o recebimento dos direitos expressos em moeda na data de seu vencimento, constituindo-se os juros em penalidade pela mora do devedor e não em receita decorrente do objeto social.

À época da lavratura da notificação de lançamento 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 exonerar a exigência constituída.

Com essas considerações, voto por não conhecer do recurso voluntário em parte por opção pela via judicial e, na parte conhecida, dar provimento.

Sala das Sessões, em 19 de julho de 2007.

Maria Cristina Roza da Costa
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

