



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

RECORRENTE: DRJ- Campinas /SP

RECORRIDA : ABA MOTORS COMERCIAL IMPORTADORA DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.

RECORRENTE : ABA MOTORS COMERCIAL IMPORTADORA DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.

RECORRIDA : DRJ-Campinas /SP

COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Até a edição da Lei 10.637/2002, que não teve seus efeitos retroagidos, a substituição tributária instituída aos fabricantes em relação à COFINS devida pelos comerciantes varejistas, aplicava-se em relação às posições fiscais expressamente listadas no artigo 44 da MP nº 1991-15, pouco importando a acepção do termo "veículo", constante da norma que vazou a substituição tributária.

APLICAÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO PLENÁRIA DO STF. QUE JULGOU INCONSTITUCIONAL O ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS PELA LEI N° 9.718/98. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 49 da Portaria MF nº 147/2007 não obriga os Conselheiros à imediata aplicação de decisões plenárias do STF, a qual somente deve ser feita quando convencido o Conselheiro da exata subsunção dos fatos à decisão a aplicar.

COFINS. CONCESSIONÁRIAS DE AUTOMÓVEIS. NATUREZA DA OPERAÇÃO. O negócio jurídico que se aperfeiçoa entre a montadora e sua concessionária, nos termos da legislação de regência, tem natureza jurídica de compra e venda mercantil, não sendo venda em consignação.

EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. Incabível exclusão da base de cálculo das contribuições de valores transferidos a outras pessoas jurídicas, em virtude de a norma de eficácia limitada que previa tal direito não ter sido regulamentada pelo Poder Executivo, como previsto na lei, tendo sido revogada sem que produzisse quaisquer efeitos.

ALEGAÇÕES SEM PROVA. As alegações sobre incorreções da base de cálculo, apurada de acordo com a escrita contábil fiscal da empresa, sem provas materiais que as sustentem não serão consideradas no julgamento do litígio.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de constitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

JUROS. TAXA SELIC. É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da Selic.

Recurso negado.

ML //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por. ABA MOTORS COMERCIAL IMPORTADORA DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes I) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício; II) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho (Relator), Aírton Adelar Hack e Leonardo Siade Manzan, quanto ao alargamento da base de cálculo. Designado o Conselheiro Júlio César Alves Ramos para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Júlio César Laves Ramos
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nayra Bastos Manatta, Jorge Freire e Flávio Munhoz.



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

Recorrente : ABA MOTORS COMERCIAL IMPORTADORA DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.

RELATÓRIO

Com vistas a uma apresentação sistemática e abrangente deste feito sirvo-me do relatório contido na decisão recorrida de fls. 1608/1621:

Trata-se de auto de infração (345/357) lavrado contra a contribuinte em epígrafe, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de abril/1998 a agosto/1999, janeiro/2000 a maio/2002, no montante de R\$ 3.044.944,59.

2. No Termo de Constatação Fiscal, às fls. 360/361, o auditor fiscal informa que intimou a contribuinte a comprovar os pagamentos relativos às diferenças apuradas de Cofins e que ela respondeu que havia declarado regularmente seus débitos e de forma correta, não havendo razão para a solicitação de esclarecimentos, sem, porém, comprovar que as diferenças apuradas pela fiscalização estavam erradas. Informa ainda que, em 14/05/2003, intimou a contribuinte a apresentar: (1) cópia do livro Razão de todas as contas de receita do período de 1998 a 2002; (2) cópia do livro Razão da Conta Custo de Veículos novos do período de 1998 a 2002; e (3) demonstrativo acompanhado da documentação comprobatória em junho de 2000 da conta estoque de veículos novos segregando as bases de cálculo da Cofins apurada e as substituições tributárias. Segundo o auditor fiscal, a contribuinte atendeu parcialmente essa intimação, solicitando ainda prazo adicional de dez dias para elaboração do demonstrativo solicitado e juntada dos respectivos documentos. O auditor fiscal concluiu que, pela análise dos documentos apresentados, a contribuinte deixou de computar na base de cálculo da Cofins as seguintes contas de receitas: (a) bônus recebido da montadora; (b) receitas diversas; (c) outras receitas financeiras; (d) outras receitas operacionais; (e) juros recebidos de aplicações; (f) receitas financeiras; (g) comissões de seguradoras; (h) comissões de consórcio; (i) incentivo sob financiamento de leasing; (l) faturamento direto GM frotistas; e (m) comissão de venda direta. Por fim, o auditor fiscal, considerando que a contribuinte não apresentou o demonstrativo solicitado em 28/03/2003, glosou a totalidade do valor consignado como exclusão da base de cálculo da Cofins no mês de junho/2000.

3. Cientificada regularmente do auto de infração em 04/07/2003 (fl. 363), a autuada apresentou impugnação (fls. 365/380), em 04/08/2003 (fl. 1471), na qual alega, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. pelo que se depreende do Termo de Constatação Fiscal, o auto de infração deveria cingir-se apenas às diferenças na determinação da base de cálculo da Cofins constatadas pelas contas ali relacionadas, mas não é isso o que ocorre;

3.2. é incabível a afirmação do autuante de que a contribuinte não teria comprovado que as diferenças apuradas pela fiscalização, quando da primeira intimação para esclarecimentos, estariam erradas. Isso porque o próprio auditor fiscal posteriormente solicitou à impugnante documentos para que, aí sim, apurasse se houve ou não diferenças. Nos termos do art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

Tributário Nacional (CTN), cabe ao auditor fiscal determinar a matéria tributável, e não simplesmente lançar atribuindo à impugnante o fato de não ter comprovado que a fiscalização estava errada. Ademais, em nenhum momento o autuante apresentou os valores e as respectivas origens, para justificar seu lançamento de ofício;

3.3. com relação à intimação de 14/05/2003 para apresentação de documentos, a contribuinte apresentou as cópias do livro Razão solicitadas, e pleiteou prazo para apresentação apenas dos documentos dos veículos em estoque no mês de junho/2000, pleito esse que não foi respondido;

3.4. declarou de forma correta seus débitos a título de Cofins referentes aos períodos de apuração lançados, como demonstra a cópia das DCTFs anexadas aos autos, sendo que os valores declarados são os efetivamente devidos;

3.5. o contrato celebrado entre montadora e concessionários não é um contrato normal de compra e venda, que seria regido pelo Código Civil, mas um contrato sui generis, e por isso regido pela Lei nº 6.729, de 1979, com as alterações promovidas pela Lei nº 8.132, de 1990. A concessionária de veículos coloca no mercado veículos, em nome de terceiro (montadora), operando como uma intermediária, entre a Montadora e o Consumidor Final, em uma operação única, com característica de uma venda em consignação. O lucro da concessionária é pré-estabelecido pela Montadora, quando esta estabelece uma tabela para venda dos referidos veículos, tal lucro é a comissão, representada pela margem autorizada, que excede o valor consignado na Nota Fiscal de venda da Montadora, até o valor pelo qual o veículo é entregue ao consumidor. Por ser uma concessão, trata-se do caso onde a Concessionária (comerciante), realiza um negócio jurídico, em nome de terceiro, auferindo, para tanto, um ganho que não pode ser confundido (...) com o preço total do veículo, o qual (...) é imposto pela Montadora. A parte do preço pago pelo veículo, que corresponde ao valor constante da nota fiscal emitida pela Montadora em favor da Concessionária, representa, para esta, um faturamento de terceiro. Pertence à Concessionária, o excedente, ou aquilo que a própria Montadora determina como sendo o "lucro" da Concessionária, tal qual o salário do empregado como a comissão de um representante comercial, então o faturamento, mensuração do fato imponível para efeito de cálculo da Cofins como da PIS s/ Faturamento é esta parte excedente. Pensar de forma diversa é negar vigência ao princípio constitucional do não confisco, pois estar-se-ia tributando faturamento que não pertence à Impugnante;

3.6. a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, ao dispor sobre a base de cálculo da Cofins, conferiu aos contribuintes, indistintamente, no seu art. 3º, § 2º, inciso III, o direito de excluir da receita bruta os valores transferidos para outra pessoa jurídica. Esse dispositivo foi revogado pela Medida Provisória nº 1991-18, de 9 de junho de 2000, mas esse instrumento não poderia ter regulado a base de cálculo da Cofins, como dispõe o art. 246 da Constituição Federal, já que essa matéria foi objeto de alteração pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Nem se diga que o dispositivo em questão, o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, necessitava de regulamentação, pois a competência nesse caso é da própria União. Ademais, tal regulamentação era despicienda, uma vez que já estava claro qual era o direito do contribuinte, e qualquer ato normativo iria limitar ou estender, indevida e ilegalmente, o critério definido na lei;

3.7. não foi considerado na apuração feita pelo auditor fiscal o disposto no art. 5º da Lei nº 9.716, de 1998, que determina que nas operações com veículos usados seja esta



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

equiparada à consignação, deduzindo-se o valor da compra do valor de venda, para determinar a matéria tributável;

3.8. ao apurar a base de cálculo da contribuição para os períodos de apuração a partir de 11 de junho de 2000, o auditor fiscal não deduziu os valores já recolhidos sob o mesmo título pela sistemática da substituição tributária, com base no disposto no art. 44 da Medida Provisória nº 1991-15, de 11 de abril de 2000;

3.9. foi aplicada uma alíquota inconstitucional, pois uma lei ordinária – a Lei nº 9.718, de 1998 – não poderia ter alterado a alíquota determinada por uma lei complementar – a Lei Complementar nº 70, de 1991. Logo, a alíquota correta para o cálculo da Cofins seria dois por cento e não três por cento como utilizado para a lavratura do auto de infração;

3.10. a Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional, pois, sendo lei ordinária, não poderia alterar lei complementar;

3.11. o auditor fiscal apurou contribuição devida sobre outras receitas para períodos de apuração que não estavam abrangidos pela Lei nº 9.718, de 1998;

3.12. a taxa Selic é inconstitucional.

4. Em 01/12/2003, o processo foi encaminhado em diligência, tendo em vista que não era possível saber: a que se referiam exatamente as exclusões relacionadas nas planilhas de fls. 330/334; se havia valores considerados pelo autuante como custo de veículos usados e quais seus montantes; e por que o auditor fiscal não teria deduzido os valores do campo “Outras exclusões”, à fl. 333, na apuração da contribuição devida (fl. 338) para os períodos a partir de janeiro/2001. Na diligência, solicitou-se que o autuante:

4.1. identificasse discriminadamente a que se referem os valores denominados “Outras Exclusões” nos demonstrativos de fls. 330/334, bem como o montante e a que se refere o valor glosado em junho/2000;

4.2. esclarecesse qual o tratamento dado aos custos dos veículos usados na apuração da Cofins devida para a lavratura do auto de infração, intimando a contribuinte, se for o caso, a apresentar demonstrativo desses custos;

4.3. intimasse a contribuinte a apresentar demonstrativo a partir de junho/2000 de sua receita referente à venda de veículos novos comprados a partir de 11/06/2000, recordando-se que em relação aos veículos novos comprados até 10/06/2000, segundo o art. 7º da Instrução Normativa nº 54, de 19 de maio de 2000, os responsáveis pelo pagamento da Cofins são os comerciantes varejistas;

4.4. explicasse as razões por que não teria deduzido na apuração da base de cálculo de períodos posteriores a junho/2000 valores relativos à venda de veículos novos adquiridos a partir de 11/06/2000, cujo recolhimento da Cofins, segundo o art. 43 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, deve ser efetuado pelas montadoras, na condição de contribuintes substitutas, devendo o comerciante varejista excluir da base de cálculo da Cofins o valor correspondente às receitas de vendas desses produtos, como determina o art. 6º da Instrução Normativa nº 54, de 2000.

5. Em consequência, o autuante intimou a contribuinte (fls. 1484/1485), com ciência em 09/03/2004, a apresentar diversos demonstrativos para cumprir a solicitação acima, concedendo-lhe um prazo de dez dias. Em 19/03/2004, a contribuinte solicitou um prazo de sessenta dias (fl. 1486) para que pudesse entregar os demonstrativos solicitados.

MW/MS



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

Posteriormente, o autuante intimou novamente a contribuinte (fls. 1487), com ciência em 15/06/2004, a apresentar os demonstrativos já solicitados, não lhe concedendo prazo. Por fim, em 29/06/2004, o auditor fiscal deu ciência à contribuinte do Termo de Encerramento de Diligência (fls. 1489/1491), descrevendo as intimações efetuadas e informando que o pedido da contribuinte para concessão do prazo adicional de sessenta dias teria sido prontamente atendido. Ao final do citado termo, o autuante concluiu que, como até aquela data o contribuinte não havia se manifestado, não houve modificação na exigência fiscal de que trata o presente processo, uma vez que o silêncio do contribuinte nos faz concluir que o valor constante da presente autuação está correto. Foi ainda aberto prazo de trinta dias para a contribuinte aditar sua impugnação se fosse de seu interesse.

6. Em 16/07/2004, a contribuinte apresentou relatórios e documentos solicitados nas intimações que lhe haviam sido feitas (fls. 1494/1565), bem como aditamento à sua impugnação (fls. 1566/1568), ratificando seus argumentos anteriores e alegando ainda que:

6.1. as solicitações das intimações demonstram, ao contrário da conclusão simplista e parcial apresentada pelo auditor fiscal no Termo de Encerramento de Diligência, que ele não apurou com eficiência e certeza o crédito tributário lançado, pois, do contrário, tais relatórios estariam em seu poder, já que são a base do auto de infração;

6.2. os pedidos formulados pelo auditor fiscal jamais foram recusados pela impugnante, tendo apenas solicitado mais prazo. Entretanto, até a apresentação do Termo de Encerramento de Diligência, a impugnante não havia sido notificada do deferimento da extensão de prazo;

6.3. tendo recebido nova intimação em 15/06/2004, procurou o auditor fiscal, em 16/06/2004, para lhe entregar os documentos e relatórios que já estavam prontos, mas ele se recusou a recebê-los, sob a alegação que somente aceitaria todos os relatórios e documentos, isto é, que não aceitaria a entrega parcial e posterior complementação.

7. Em 26/08/2004, tendo em vista que a razão pela qual o processo foi encaminhado à DRF de origem em 01/12/2003 não havia sido solucionada, isto é, o auditor fiscal não esclarecera as dúvidas quanto ao procedimento por ele adotado na lavratura do auto de infração, o processo foi-lhe novamente encaminhado (fls. 1570/1573), para que:

7.1. identificasse discriminadamente a que se referiam os valores denominados "Outras Exclusões" nos demonstrativos de fls. 330/334, bem como o montante e a que se referia o valor glosado em junho/2000;

7.2. esclarecesse qual o tratamento dado aos custos dos veículos usados na apuração da Cofins devida para a lavratura do auto de infração, intimando a contribuinte, se fosse o caso, a apresentar demonstrativo desses custos;

7.3. explicasse as razões por que não teria deduzido na apuração da base de cálculo de períodos posteriores a junho/2000 valores relativos à venda de veículos novos adquiridos a partir de 11/06/2000, cujo recolhimento da Cofins, segundo o art. 43 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, deve ser efetuado pelas montadoras, na condição de contribuintes substitutas, devendo o comerciante varejista excluir da base de cálculo da Cofins o valor correspondente às receitas de vendas desses produtos, como determina o art. 6º da Instrução Normativa nº 54, de 2000.

8. A partir disso, o auditor fiscal elaborou planilha detalhada relativa à composição da base de cálculo da Cofins, desconsiderando agora, com base nos documentos

M/6



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

apresentados pela contribuinte, o custo dos veículos usados para revenda, bem como a dedução da base de cálculo das vendas de veículos novos através da sistemática da substituição tributária.

9. Reaberto prazo para que a contribuinte se manifestasse (ciência em 12/01/2006), ela aditou sua impugnação, em 20/01/2006 (fls. 1597/1606), apenas ratificando as alegações originariamente apresentadas, exceto as descritas nos itens 3.7. e 3.8. acima.

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas- SP, que indeferiu a solicitação de que trata este processo, fê-lo mediante a prolação do Acórdão DRJ/CPS Nº 12.643, de 29 de março de 2006, assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1998 a 31/08/1999, 01/01/2000 a 31/05/2002

Ementa: CONCESSIONÁRIAS. VEÍCULOS NOVOS. BASE DE CÁLCULO. A receita obtida pelas concessionárias na revenda de veículos novos deve compor integralmente a base de cálculo da Cofins, admitindo-se apenas as exclusões previstas em caráter geral pela legislação.

BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, §2º, INCISO III, DA LEI Nº 9.718, DE 1998. NÃO REGULAMENTAÇÃO. O inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, embora vigente até sua revogação pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 2000, não teve eficácia, pois não houve sua regulamentação.

VEÍCULOS USADOS. BASE DE CÁLCULO. A partir da edição da Lei nº 9.716, de 1998, a base de cálculo da Cofins nas operações de venda de veículos usados é a diferença entre o valor pelo qual o veículo usado houver sido alienado e o seu custo de aquisição.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VEÍCULOS. Com a edição da Medida Provisória nº 1.991-15, de 2000, as pessoas jurídicas fabricantes e os importadores dos veículos classificados nas posições 8432, 8433, 8701, 8702, 8703, e 8711, e nas subposições 8704.2 e 8704.3, da TIPI, relativamente às vendas que fizerem, ficaram obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, a contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelos comerciantes varejistas.

Lançamento Procedente em Parte.

Irresignada com a decisão retro, a recorrente lançou mão do presente recurso voluntário de fls. 1634/1644, oportunidade em que reiterou os argumentos expendidos por ocasião de sua impugnação.

Quanto à parte exonerada, houve interposição de recurso de ofício, nos termos do artigo 67 da Lei 9.532/97 e da Portaria/MF/333/1997.

Este é o relatório.



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

Recurso de ofício:

O artigo 34, I, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo artigo 67, da Lei nº 9.532/97, determina à autoridade julgadora em primeira instância o dever de interpor recurso de ofício quando sua decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos (principal e decorrentes), com limite mínimo a ser fixado pelo Ministro da Fazenda. De conformidade com o artigo 1º da Portaria MF nº 333/97, o limite de alçada está estipulado em R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Como o presente recurso atende às exigências dos referidos dispositivos dele tomo conhecimento.

Início a análise do recurso de ofício pela dedução dos valores supostamente recolhidos pelos fabricantes sob a sistemática da substituição tributária.

Em que pese os sucintos fundamentos da decisão recorrida para afastar em parte a exação, se deduz pela ementa que foram exonerados valores de Cofins devidos pelos comerciantes varejistas substituídos na relação pelos fabricantes (substitutos).

Correta a decisão recorrida, eis que até a edição da Lei 10.637/2002, aplicava-se a sistemática da substituição tributária instituída aos fabricantes em relação à COFINS devida pelos comerciantes varejistas, em relação às posições e subposições fiscais expressamente listadas no artigo 44 da MP nº 1.991-15.

Neste sentido, é a jurisprudência:

COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS. A COFINS devida pelas empresas concessionárias de veículos é calculada sobre o faturamento total obtido com a comercialização das mercadorias, não se admitindo a exclusão dos valores pagos aos fabricantes, exceto aqueles referentes à aquisição de automóveis novos, em que havida a substituição tributária determinada pelo art. 44 da MP nº 1.991-15, de 10/03/2000, afinal MP nº 2.158-35, de 24/08/2001. (Recurso: 126454; Relator: Emanuel Carlos Dantas de Assis)

COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Até a edição da Lei 10.637/2002, que não teve seus efeitos retroagidos, a substituição tributária instituída aos fabricantes em relação à COFINS devida pelos comerciantes varejistas, aplicava-se em relação às posições fiscais expressamente listadas no artigo 44 da MP nº 1991-15, pouco importando a acepção do termo "veículo", constante da norma que vazou a substituição tributária. (Recurso: 124901; Relator: Jorge Freire)

Também objeto de recurso de ofício a diferença exonerada pela DRJ entre o valor de venda e o custo com a aquisição do veículo usado.

Correta a decisão recorrida.



Processo nº : 13899.000981/2003-21
Recurso nº : 134.738
Acórdão nº : 204-02.851

Isto porque, somente com a edição do art. 5º da Lei n.º 9.716/98 se equiparou a compra e venda à consignação para efeitos tributários, o que, na prática, conduz ao entendimento que a base de cálculo da contribuição deve corresponder apenas à diferença entre o valor da alienação constante da nota fiscal de saída e o do custo de aquisição constante da nota fiscal de entrada.

A propósito, confira a redação do dispositivo (art. 5º):

As pessoas jurídicas que tenham como objeto social, declarado em seus atos constitutivos, a compra e venda de veículos automotores poderão equiparar, para efeitos tributários, como operação de consignação, as operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do preço da venda de veículos novos ou usados.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso de ofício.

Recurso voluntário:

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO

Entre outros aspectos que serão analisados adiante, se insurge a contribuinte contra a tributação dos fatos jurídicos arrolados no item 06 do Termo de Constatação Fiscal.

São eles (fls. 360): Bônus recebidos da montadora; receitas diversas; outras receitas financeiras; outras receitas operacionais; juros recebidos de aplicações; receitas com financeiras; comissões de seguradoras; comissões de consórcio; incentivo sob financiamento de leasing; descontos obtidos sob fornecedores; faturamento direto GM frotistas; comissão de venda direta.

Em sua defesa, alega que as referidas receitas estão sendo exigidas com fundamento em dispositivo inconstitucional, uma vez que o Supremo já se encarregou de afastar o §1º, do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 do mundo jurídico.

Realmente, o Supremo Tribunal Federal, órgão encarregado de zelar pela fiel observância da Constituição, por ocasião do julgamento dos RREE nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 ao concluir que na base de cálculo não podem ser inseridas outras receitas da empresa além daquelas provenientes do seu faturamento, assim considerado a “*receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza*”.

Confira-se, a propósito, a ementa:

(...) *CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO §1 DO ARTIGO 3º DA LEI N° 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões *receita bruta* e *faturamento* como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de *receita bruta* para envolver a totalidade das receitas auferidas*



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (Re 357.950; Rel. Min. Marco Aurélio)

De observar que o acórdão mencionado é proveniente do **Plenário** do STF.

Isto posto, ainda que esta decisão não tenha efeito vinculante, por enquanto, firma uma orientação a ser observada pelos tribunais judiciais e administrativos, com o fito de evitar julgamentos diferentes, embora em situações idênticas. Assim, decisões conflitantes sobre um mesmo assunto poderiam gerar um clima de incerteza e insegurança jurídica, comprometendo a confiança da sociedade no Estado.

Com efeito, sob minha análise, não resta outra alternativa a este Colegiado que não seja seguir a orientação dada pelo Supremo.

Ademais, segundo estabelece o artigo 1º do Decreto nº 2.346/97, a interpretação do texto constitucional pelo STF, fixada de forma inequívoca e definitiva, deve ser aplicada pela Administração, *in verbis*:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.”

Assim, é devido o afastamento da presente exação das receitas listadas no item 06; do Termo de Constatação Fiscal uma vez que transborda o conceito de faturamento delineado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

DOS VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA

Pretende a contribuinte excluir da base de cálculo da Cofins as receitas transferidas para outra pessoa jurídica de direito privado, conforme determinava o inciso III do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 quando esteve em vigor, ou seja, durante o lapso de 01.02.1999 a 30.08.2000.

Este comando legal foi revogado pelo art. 47, inciso IV, da Medida Provisória nº 1.991-18, publicado no Diário Oficial da União do dia 10.06.2000.

Portanto, o cerne da questão é determinar se era auto-aplicável ou não o art. 3º, § 2º, III da Lei 9.718/98.

Estipulava o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, revogado pela MP nº 1.991-18/2000, *verbis*:

“Art. 3º (omissis)

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

(omissis)

III – os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;”.

AM



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

Vê-se claramente que o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, era regra de eficácia contida, ou seja, dependia da edição de outra norma, expedida pelo Poder Executivo, para produzir efeitos.

Este também é o posicionamento seguido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcrevo:

Ementa - RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI N° 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.

1. *Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 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. 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.*

2. *"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.*

3. *Recurso Especial desprovido.*

Decisão - Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

(Resp nº 445.452 - RS DJ 10/03/2003 Relator - Min. JOSÉ DELGADO)

Destarte, neste aspecto entendo indevida a pretensão da recorrente.

ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA PROMOVIDA PELA LEI N.º 9.718/98

Neste ponto, deixo de analisar as questões levantadas pelo contribuinte pois implicam em exame da constitucionalidade de leis e atos administrativos que são matérias de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme determina o artigo 101, II, "a" e III, "b", da Constituição Federal.

CONTRATO INCIDENCIA.

Com relação aos demais itens, é de se observar que foram analisados por este colegiado em recurso aviado pela própria recorrente, oportunidade em que acompanhei o



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

brilhante voto da Ilustre Conselheira Nayra Bastos Manatta, razão pela qual peço vênia para adotar e transcrever suas razões como se minhas fossem, *verbis*:

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais merecendo ser apreciado. A recorrente alega em sua defesa que na relação examinada existe um negócio jurídico denominado consignação, onde na verdade o comerciante varejista recebe em consignação veículos, e posteriormente o entrega ao consumidor em nome do fabricante e recebe retribuição deste por isso.

Para delinear a proposição da recorrente, é oportuna a transcrição do conceito de venda em consignação dado por De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, 4ª edição, Editora Forense, RJ, 1995):

"Na linguagem mercantil, consignação designa a entrega, ou a remessa de mercadorias, feita a um comerciante, para que as venda por conta do remetente, ou consignante.

Desse modo, a venda em consignação é a que se realiza por ofício de um terceiro, a quem o dono da mercadoria constituiu, para esse fim, seu mandatário. (...)

A venda em consignação não se entende uma venda firme, ou venda em conta firme. Por essa razão, enquanto o consignatário não presta a conta de venda das mercadorias, estas continuam a pertencer ao consignante. E o consignatário as possui em nome do consignante, de quem é mandatário.

(...). E as duplicatas resultantes destas vendas, tanto podem ser extraídas pelo consignatário, como pelo consignante. O consignatário pode tirá-las como mandatário do consignante, ou em seu próprio nome.

Nesta segunda hipótese, entende-se que o consignatário adquiriu as mercadorias consignadas, para as revender, sendo portanto subordinadas aos preceitos das vendas comuns."

Fica evidente que, pelo conceito descrito, a venda em consignação caracteriza-se pela intervenção de terceiro comerciante que, agindo como mandatário, portanto em nome de outrem, vende mercadorias de que apenas tem a posse. Se o antes-consignatário vier a adquirir as mercadorias para as revender, não mais se trata de venda em consignação, configurando-se uma operação comum de compra e venda.

Na hipótese do auto, a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos novos encontra-se regida pela Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, com as alterações da Lei nº 8.132, de 26 de dezembro de 1990, e, não obstante as particularidades do contrato dela advindo, caracteriza a atividade exercida pelas concessionárias inequivocável compra e venda de veículos, como se pode observar pelo seu texto:

"Art. 2º Consideram-se":

I - (...)

II - distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

(...)

Art. 3º Constitui objeto de concessão :

I - a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;

(...)

Art. 5º (...)

(...)

§ 2º O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada.

(...)

Art. 11. O pagamento do preço das mercadorias fornecidas pelo concedente não poderá ser exigido, no todo ou em parte, antes do faturamento, salvo ajuste diverso entre o concedente e sua rede de distribuição.

Parágrafo único. Se o pagamento da mercadoria preceder a sua saída, esta se dará até o sexto dia subsequente àquele ato.

Art. 12. O concessionário só poderá realizar a venda de veículos automotores novos diretamente a consumidor, vedada a comercialização para fins de revenda.

Art. 13. É livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes.

(...)

Art. 23. O concedente que não prorrogar o contrato ajustado nos termos do art. 21, parágrafo único, ficará obrigado perante o concessionário a:

I - r eadquirir-lhe o estoque de veículos automotores e componentes novos, estes em sua embalagem original, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição:

(...)" (Grifou-se)

Do transcrito, tem-se que, da relação entre montadoras e concessionárias, a segunda apenas comercializa produtos que adquiriu da primeira (art. 3º), apesar de haver restrições – e por isso a regulação por lei –, não existindo dispositivo algum que caracterize a operação de venda a consumidor pela concessionária como venda em consignação. Ao contrário, a remissão que o texto legal faz à atividade exercida pelas distribuidoras é sempre de simples comercialização ou, por decorrência da aquisição anterior, mera compra e venda.

O art. 11 transcrito deixa claro que as mercadorias – veículos e peças – são adquiridas pela concessionária, ainda que, por lei, a concedente não possa exigir-lhe o pagamento antes do faturamento, ressalvada a convenção entre as partes. Confirmando isso, o art. 23 retro prevê a hipótese de rescindido o contrato de concessão serem os veículos novos



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

readquiridos pela concedente, o que denota terem os mesmos sido vendidos à concessionária e não meramente entregues em consignação.

Por sua vez, o art. 13, antes transcrito, ao dispor que é livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, evidencia que de contrato de venda em consignação não se trata, dado que, do contrário, não poderia o concessionário dispor livremente quanto ao preço de comercialização.

Acerca de contratos de concessão mercantil, Valdírio Bulgarelli (Contratos Mercantis, 12ª edição, Editora Atlas, SP, 2000) explica:

"Desde logo, afasta-se o contrato de concessão dos contratos de comissão mercantil, pois o contratado não age por conta do contratante, mas por sua própria conta ; do mandato mercantil, já que o contratado não atua em nome e por conta do contratante; também afasta-se da locação de serviços, pois, atuando autonomamente, compra o contratado os produtos da contratante, para revendê-los, podendo ou não ficar obrigado à assistência pós-venda. (...) Não se ajusta também ao contrato de representação comercial autônoma, conforme disciplinado pela Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, pois o representante é um intermediário que age em nome e por conta da empresa mandante, consoante se deduz da definição do art. 1º da citada lei.

(...)

Em verdade, apesar das várias interpretações, o contrato de concessão é no fundo um contrato de compra e venda, com um caráter de estabilidade, não se esgotando instantaneamente, como na compra e venda simples; portanto, uma compra e venda com encargos, principalmente a exclusividade (...) Sem dúvida que a compra e venda decorrente do contrato de concessão não é única, mas, continuada, e com certas obrigações complementares e suplementares, de ambas as partes. Entre elas, por exemplo, na concessão automobilística, está a assistência pós-venda e mesmo a manutenção de estoques de peças de reposição." (Grifou-se)

Continuando seu raciocínio, Valdírio Bulgarelli apresenta o seguinte esclarecimento de Jean Hémard: os concessionários "se apresentam como um comerciante, comprando a um fabricante seus produtos, que ele revende por sua própria conta, e a remuneração que lhe advém não é uma comissão referente a uma atividade de mandatário, mas um lucro proveniente da diferença entre o preço de compra e o preço de revenda" (Grifou-se).

Caracterizado está, portanto, que a atividade desempenhada pela contribuinte na distribuição de veículos novos é uma operação de compra e venda, ainda que com algumas particularidades, as quais, porém, não alteram sua natureza.

No que se refere à incidência da contribuição em discussão, o faturamento entendido como receita bruta, para fins do PIS, é encontrado na Lei nº 9718/98, e que, também, estabelece os valores que podem ser excluídos do valor tributável:

"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.

ML



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

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

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

§ 3º Nas operações realizadas em mercados futuros, considera-se receita bruta o resultado positivo dos ajustes diários ocorridos no mês.

§ 4º Nas operações de câmbio, realizadas por instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil, considera-se receita bruta a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira.

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para fins da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

"§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no parágrafo anterior, poderão excluir ou deduzir:

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito:

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira;

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado;

c) deságio na colocação de títulos;

A M



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações;

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de **hedge**;

II - no caso de empresas de seguros privados, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas à garantia de provisões técnicas, durante o período de cobertura do risco;

III - no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates;

IV - no caso de empresas de capitalização, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de resgate de títulos.

§ 7º As exclusões previstas nos incisos II a IV do parágrafo anterior restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras que não excedam o total das provisões técnicas, constituídas na forma fixada pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos:

I - imobiliários, nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997;

II - financeiros, observada regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional.

Como se percebe, o conceito de faturamento, nos termos da Lei nº 9718/98, tem sua extensão perfeitamente delimitada pela explicitação de seu conteúdo e pela expressa enumeração das exclusões passíveis de serem efetuadas (como disposto no parágrafo segundo do art. 3º).

Com isso, tem-se que o fato gerador do PIS, o faturamento, é representado pela receita bruta como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia. Outrossim, pela legislação pertinente, somente podem ser excluídos da base de cálculo as vendas de bens e serviços cancelados, os descontos incondicionais concedidos, o IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias – ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, não encontrando guarida na legislação os valores pela contribuinte entendidos como não integrantes da base de cálculo desta contribuição.

Assim, para a autuada, na operação de venda de veículos a base de cálculo do PIS é o valor auferido pela venda – o faturamento – e não apenas o resultado, não havendo previsão legal que legitime a exclusão da base de cálculo do custo do veículo vendido, porquanto de venda em consignação não se trata.

Neste sentido podem-se citar os seguintes pronunciamentos judiciais:

"TRIBUTÁRIO – COFINS – PIS – INCIDÊNCIA – FATURAMENTO MENSAL DA VENDA DE MERCADORIAS.

I – As concessionárias de veículos não são representantes comerciais, pois primeiro **adquirem** os produtos fabricados **para depois revenderem**, inexistindo, portanto, venda em consignação. O que interessa para a incidência do PIS e da COFINS é a receita operacional bruta advinda da venda de veículos ao consumidor final, ou seja, a receita bruta da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

natureza, ao contrário da contribuição social sobre o lucro que se baseia no lucro real efetivamente obtido com a operação realizada.

II – Recurso improvido.” (Acórdão unânime da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal – TRF da 2ª Região, Processo n.º 98.02.23884-8, DJU de 16/05/2000) (Grifou-se)

“TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS. FATURAMENTO. DEFINIÇÃO – O faturamento da empresa concessionária não é composto apenas pela margem de lucro referente a seus negócios, mas sim pelo produto total obtido com a comercialização de suas mercadorias (para o caso, na leitura da Lei n.º 9.715, a receita bruta da venda dos veículos), sobre o qual incide a contribuição ao PIS e ao COFINS.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do TRF da 4ª Região, AMS n.º 1998.04.01.066626-9/PR, DJU de 21/06/2000)

Malograda, portanto, a tentativa do recurso de caracterizar a operação como venda em consignação, sendo incabível a exclusão, da base de cálculo, o custo do veículo novo vendido, o qual, pelo exposto, não configura receita de conta alheia.

LANÇAMENTO ERRADO SOBRE VALORES DECLARADOS

No que tange aos argumentos de que o lançamento deveria se restringir às contas discriminadas no Termo de Constatação Fiscal, é de se observar que a contribuinte foi intimada a esclarecer as diferenças apuradas a partir de demonstrativos (fls. 327/331) nos quais consta a base de cálculo total da contribuição, os débitos declarados e os valores recolhidos, o que comprova que o lançamento diz respeito a todas as diferenças apuradas nos referidos demonstrativos.

Releva observar que os valores constantes do Auto de Infração foram extraídos da escrituração da recorrente (fls. 20/326), razão pela qual devem ser considerados corretos os valores de outras receitas, que não a venda de veículos, levantados pela fiscalização.

A contribuinte apenas alega que os valores informados por ela ao Fisco através de DCTF estavam corretos. Entretanto não trouxe aos autos prova de que os valores levantados pela fiscalização, com base na sua própria escrituração, estariam incorretos. As alegações sem prova não podem ser consideradas no julgamento do litígio.

No caso a contribuinte alegou incorreções, neste tópico, mas não as comprovou e a escrita contábil fiscal da empresa é documentação hábil para que a fiscalização lastreie suas exigências.

OUTRAS RECEITAS ANTES DA 9718

Quanto à inclusão de outras receitas para períodos de apuração anteriores à vigência da Lei nº 9718/98 é de se observar pela planilha anexada pelo auditor na diligência fiscal efetuada que tais valores só passaram a integrar a base de cálculo da contribuição após a vigência da citada lei, e não em períodos anteriores como alega a contribuinte.

JUROS DE MORA

No que tange à exigência de juros de mora, é de se salientar que em devaneio algum pode ser acolhida tese qualquer que pretenda ler no dispositivo legal citado pela contribuinte, qual seja, o art. 161, §1º, do CTN, a determinação de que os juros tributários fixados devidamente em lei específica jamais podem ultrapassar a taxa de um por cento ao mês. Bem destaca, em sua oração subordinada adverbial condicional, tal norma que esta será a taxa “se a lei não dispuser de modo diverso (sic)”. Em nenhuma,



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

absolutamente nenhuma, proposição normativa positivada em vigor há qualquer coisa de onde se possa extrair tal inferência. Ela é, simplesmente, tirada ex nihilo, ou seja, da própria mente de quem assim afirma, e de nada mais. E, devido à justamente isso, por mais brilhante a respeitável que seja a mente ou, rectius, o pensador, constitui mero subjetivismo. Como se trata de subjetivismo, configura algo totalmente arbitrário. Portanto, nada há de objetivo, no Direito vigorante, que tenha erigido tal vedação que possa vincular a observância por parte de outrem, ora a recorrente, pois ninguém está obrigado a acatar arbitrariedades alheias.

Do contrário, a cláusula de que a lei pode estatuir em sentido diverso abre amplo leque de possibilidades, tanto para mais quanto para menos. A possibilidade de se legislar diversamente simplesmente traduz a viabilidade de que seja qualquer taxa, ou índice, que não um por cento. Não jaz ela jungida a nenhuma abertura de possibilidades menor que isto.

De fato, qualquer e todos os índices numéricos diferentes de 1% constituem o algo “diverso (índice ou taxa de juros)”. O diverso é tão somente a alteridade, eqüivalendo a afirmar: pode ser qualquer outro elemento do conjunto (no caso, o de índices percentuais) que não aquele tomado como paradigma inicial, o mesmo. Não significa uma determinada parcela dos outros elementos do conjunto, a exemplo dos “menores que (<)”, mas sim todos esses outros, ou seja, o conjunto total com exclusão de um único elemento (aquele de que se deve guardar diversidade ou diferença, aqui o 1%). Logicamente, portanto, inexiste o limite para menos, como tampouco existe algum para mais. Por sua vez, como tal limite é ilógico, recai em arbitrariedade manifesta.

Além disso, é justamente a exegese histórica que demonstra e comprova que os juros em discussão não podem restar jungidos à taxa de 1%, pois, consoante é consabido, tais juros (os da taxa SELIC), além da remuneração própria do custo do dinheiro no tempo, ou seja, os juros stricto sensu, abrange a correção monetária correlata, pois é espécie de juros simples, e não de juros reais, de cuja definição ainda se prescinde em nosso ordenamento, segundo declarado pelo Colendo STF no julgamento do Adin 04/91. Ora, como esta, a correção monetária, desde a promulgação do CTN até período bem recente da nossa História, com raros períodos de exceção, manteve-se acima do 1%. Obviamente os juros também têm de estar aptos a ultrapassar tal percentual, e não inescapavelmente abaixo dele.

Por tudo isso, impõe-se o resultado de que, havendo previsão legal do ente tributante autorizadora, os juros tributários podem ser superiores a 12% ao ano, não se podendo tresler o CTN como tão desassosadamente pretende a executada, conquanto disponha ele exatamente o contrário, de modo explícito.

Outra não poderia ser a conclusão a que alçou Ricardo Lobo Torres acerca:

“A critério do poder tributante os juros podem ser superiores a 1% ao mês, sem que contrastem com a lei de usura ou com o art. 192, §3º, da CF (apud Comentários ao Código Tributário Nacional, Vol 2, coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Saraiva, 1998, pg. 349). ”

Mais divorciada ainda da realidade é a asserção de que não haveria previsão nem permissivo legal à cobrança do índice de juros em tela. Seus instrumentos legislativos veiculadores, notadamente no campo tributário, assim como o inaugural historicamente considerado, longe estão de não terem feições desta espécie. Eles são precisamente as Leis nº8981/95, 9069/95 (a partir desta, havendo expressa referência à denominação



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

“SELIC”), 9250/95, 9528/97 e 9779/99. Portanto, não apenas jaz a taxa em questão dentro da legalidade plena, como ainda isso certifica que há lei federal específica em sentido determinante da aplicação de taxa de juros em sentido diverso daquela a que se refere o CTN.

Demais disso, o exame de tais leis bem demonstra outro distanciamento cabal da verdade pela recorrente. Decerto, a primeira das acima mencionadas – a Lei 8981/95 –, verbi gratia, em seu art. 84, I, já consignava expressamente que a taxa em tela seria equivalente à “taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna (sic)”. Com isso, bem se desvela que há sim, indubitavelmente, indicação legal precisa de como se afigure e mensura tal taxa, a contrário do asseverado pela contribuinte. Significa, em outros termos, que ela traduz a taxa média do que o Tesouro Nacional necessita pagar para obter capital, vendendo títulos mobiliários federais no mercado interno. Claramente improcedente, pois, delineia-se a pretensão da recorrente.

Contudo, poderia ainda haver imprevisão legal específica que não traduziria ofensa à legalidade e à tipicidade. Decreto, no art. 25, I, dos ADCT, consagrhou o legislador constituinte que as competências normativas atribuídas pela CF ao Congresso Nacional (no caso as leis ordinárias) que houvessem sido objeto de delegação a órgão do Executivo poderiam quedar prorrogadas. Tal prorrogação ocorreu pelas sucessivas MPs editadas, na hipótese da competência normativa do CMN, consubstanciando-se em definitivo nas Leis nº7763/89, 7150/83, 9069/95. Com isso, as disposições de fórmulas do CMN sobre como se efetuar o cômputo dos índices de juros no caso da taxa Selic mantêm-se hoje com força de lei, à ausência de disposição parlamentar em contrário, mas antes nessa direção.

Menor ainda é o azo de que a taxa de juros não pode ser cobrada por jazer sujeita às flutuações econômicas. Acaso a correção monetária, por definição, não é um índice variável sujeito a tais flutuações? Obviamente que sim. Entretanto, nem se há de sonhar que não possa ser cobrada, premiando os devedores renitentes, como é o caso da contribuinte. Mutatis mutandi idêntica lógica há de ser emprestada à taxa em questão, impondo-se a rejeição imediata de tal argumento da recorrente.

Por fim, a alegação de que o BACEN venha a definir a aludida taxa maior reprimenda ainda merece. De fato, em primeiro lugar, tem de se destacar que as normas regulamentares para aferição desse índice matemático não decorrem do Banco Central, mas sim do CMN. A depois, impende considerar que o quanto regulamentado nesse âmbito, uma vez já definida ser a taxa a média mensal das captações dos títulos da dívida pública mobiliária federal interna, emergem como meras disposições técnicas, sendo bem por isso própria do campo do regulamento, e nunca de lei. Igual fenômeno ocorre com a apuração da correção monetária. Quais produtos ou serviços terão seus preços aferidos para tanto, qual o peso ou proporção que cada um deles terá no resultado final, que locais do país serão objeto da pesquisa, bem como que proporção terão na fórmula de cálculo, se é que terão, durante que período haverá essa aferição, com qual periodicidade, que método exponencial empregará a fórmula matemática, tudo isso, dentre outros elementos, é objeto exclusivo de disposição regulamentar infralegal, no cômputo da correção ou desvalorização monetária (razão, aliás, pela qual diferentes institutos de pesquisa atingem resultados diversos, pois suas fórmulas são diferentes). Se assim se procede em relação à correção monetária, diverso não pode ser acerca dos juros, ressalvada a hipótese de percentual fixo.

11/6/01



Processo nº : 13899.000981/2003-21
Recurso nº : 134.738
Acórdão nº : 204-02.851

Por conseguinte, nada de ilegítimo ou reprimível há na aferição desenvolvida.

Por derradeiro, a argüição de que o índice de juros utilizado seria remuneratório, escapando ao caráter moratório, não apresenta qualquer coima que comprometa o montante cobrado. Com efeito, a distinção empreendida nas denominações atribuídas aos juros de serem eles remuneratórios, moratórios, compensatórios, inibitórios, retributivo, de gozo, de aprazamento ou qualquer outra não identifica nenhum elemento próprio de sua essência jurídica. Antes, correspondem a elementos extrínsecos à mesma, residentes na teleologia de sua cobrança. São, pois, fatores heterônimos à sua concepção jurídica, servindo tão somente ao seu discurso justificatório.

São os juros frutos civis do capital, segundo é amplamente consabido. Originamse eles da produtividade e da rentabilidade potenciais do capital. Esse, o capital, é apto a gerar mais capital acaso utilizado a tanto. Por conta disso, o uso ou a retenção do capital de alguém por outrem, tolhe esse alguém de empregar seu capital, gerando-lhe renda a ser incorporada ao seu patrimônio, ao passo que permite aquele outro que o retém a gerar para si os frutos correspondentes a esta parcela de capital. Em contrapartida, aquele que subtrai tal uso do capital de seu proprietário lídimo, retendo-o consigo, ainda que seja por ato meramente contratual, jaz jungido a lhe transferir os rendimentos que este capital produz. Assim, são os frutos apenas desse capital que cristalizam a essência do juro.

Tampouco se deve confundir os próprios juros com sua respectiva taxa. Essa somente traduz o índice matemático, geralmente expresso em percentual ou em mero valor acrescido e embutido na parcela do capital a restituir. Seria, pois, uma razão, um numerário, mesmo que consignado sob modos de cálculo diversos, enquanto os juros são o próprio quid que essa expressão matemática traduz, em termos de acréscimos potencializados ao capital.

Os predicativos de moratório, remuneratório, compensatório, etc., a par da contigente variação doutrinária no manuseio da denominação, espelham a causa efficiens usada para embasar a obrigação do pagamento dos juros. Seriam o porqué de se dever pagá-los. São, com isso, conforme acima antecipado, elementos estranhos à essência da coisa. Como são alienígenas à coisa, não podem ser empregados para sua definição. A sua vez, como são improprios à sua definição, são absolutamente imprestáveis à sua identificação, podendo sim identificar a razão inspirante daquela obrigação de se dever os juros, mas não estes propriamente ditos. O cerne de sua essência é o de serem frutos civis do capital, sendo, pois, este o componente que se revela como uma constante identificadora dos juros ubliquamente.

Outro não é o entendimento consolidado na doutrina, a respeito da jaez dos juros, invariavelmente:

“Os juros são os frutos civis, constituídos por coisas fungíveis, que representam o rendimento de uma obrigação de capital. São, por outras palavras, a compensação que o obrigado deve pela utilização temporária de certo capital, sendo o seu montante em regra previamente determinado como uma fração do capital correspondente ao tempo da sua utilização (Antunes Varela. Das Obrigações em Geral. Vol I. 10ª ed.. Coimbra: Almedina, 2000, pg. 870, com grifos do original).”

Assim, pelo fato de que tanto nas hipóteses de serem devidos por ocasião da mora quanto nas de remuneração de empréstimos de capital ou ainda nas de recomposição de um dano, os juros conservam e mantém a mesma natureza identificadora. Pouco importa que



Processo nº : 13899.000981/2003-21
Recurso nº : 134.738
Acórdão nº : 204-02.851

sejam eles devidos para recompensar um capital imobilizado ou disponibilizado a outrem ou para compensar os frutos que aquele capital podia ter rendido ao seu dono se tivesse sido entregue no termo devido, pois conservam eles a mesma feição, sendo todos elementos congêneres, em relação a sua natureza, somente se modificando o fator teleológico do dever de seu pagamento, que não o integra evidentemente.

Em virtude disso, no âmbito da tributação como o aqui divulgado, a previsão “moratória” apenas identifica a causa obrigacional dos juros, mas não os próprios. Eles conservam-se com a idêntica natureza e feição dos assim chamados “juros remuneratórios” por impropriedade técnico-linguística. ática quantificadora Em função disso, os juros aqui cobrados continuam a ser frutos ou rendimentos do capital, bem como o motivo que embasa sua cobrança remanesce sendo o moratório, apenas havendo emprego de índice, ou seja, expressão matemática dos juros, em caráter flutuante, ao invés de fixo, o que não afronta nenhuma norma vigorante, antes faz cumprir várias, conforme acima elencadas.

O índice matemático configura apenas a taxa dos juros, não o juro em si. Esse, como já demonstrado, constitui o rendimento do capital, ao passo que a taxa emerge unicamente como o elemento de quantificação da obrigação, cujo aspecto material remanesce sendo o de pagar os juros, vale dizer, os frutos civis do capital. Juros esses que apenas têm sua extensão (rectius montante, tratando-se de obrigação pecuniária) determinada, ou determinável, pela taxa, mas não vem a ser ela, ou então sequer se poderia estar a cogitar da mensuração de uma coisa por outra, como ocorre aqui. Não se deve, nem se pode, pois, confundir e amalgamar os juros com a taxa dos juros.

Bastante precisa nesse sentido é a preleção de Letácio Jansen, a propósito:

“Na linguagem corrente, a taxa e os juros muitas vezes se confundem: diz-se, por exemplo, que a taxa é periódica, de curto ou longo prazo, ou que é limitada, quando se quer dizer que os juros são periódicos, de curto ou longo prazo, ou que são limitados. Juridicamente, porém, não se devem confundir as noções de taxa e de juros. (Panorama dos Juros no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, pg 31).”

Pode-se, pois, alcançar, enfim, o arremate, sem laivos de dúvidas, de que a taxa SELIC obedece a devida legalidade, não havendo constitucionalidade qualquer nela, à similitude da TRD, nesses aspectos levantados, de maneira a incorrer vício que desautorize sua aplicação, sendo, pelo contrário, essa imperiosa, como necessidade de respeito aos preceitos legais vigentes disciplinadores da matéria.

De idêntica forma já se manifestou, a propósito, a Subprocuradoria Geral da República, nos autos do R. Esp. 215881/PR:

“Como se constata, o SELIC obedeceu ao princípio da legalidade e da anterioridade fundamentais à criação de qualquer imposto, taxa ou contribuição, tornando-se exigível a partir de 1.1.1996. E, criado por lei e observada a sua anterioridade. O SELIC não é constitucional como se pretende no incidente. Tampouco o argumento de superação do percentual de juros instituído no CTN o torna constitucional, quando muito poderia ser uma ilegalidade, o que também não ocorre porque se admite a elevação desse percentual no próprio Código.”

No mérito, portanto, mais do que incontendível troveja ser a total improcedência das alegações da recorrente, não se impõndo outra alternativa além daquela de as refutar de pronto.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13899.000981/2003-21
Recurso nº : 134.738
Acórdão nº : 204-02.851

Conforme determinação legal, adota-se o percentual estabelecido na lei como juros de mora. Em sendo a atividade de fiscalização plenamente vinculada, não há outra medida que não seja a estrita obediência ao que dispõe a lei, nos termos do art. 142 do CTN:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Dante do exposto voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto.

CONCLUSÃO:

1) Negado provimento ao recurso de ofício

2) Provimento parcial ao recurso voluntário para afastar do lançamento as receitas enumeradas no item 06; do Termo de Constatação Fiscal uma vez que avançam o conceito de faturamento delineado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.

RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO



Processo nº : 13899.000981/2003-21
Recurso nº : 134.738
Acórdão nº : 204-02.851

VOTO VENCEDOR DO CONSELHEIRO
JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

Fui designado para redigir o acórdão relativamente à matéria em que restou vencido o i. Conselheiro relator. Especificamente, a questão do afastamento da incidência da contribuição sobre receitas excedentes às de vendas de mercadorias e serviços estabelecido no art. 3, § 1º da Lei 9.718/98, por aplicação imediata da decisão plenária do STF que o julgou inconstitucionalº

E repito aqui conclusões já expendidas em outros julgados no sentido de que mesmo após a aprovação do novo Regimento do Conselho de Contribuintes seus membros não estão obrigados a aplicar imediatamente decisão do STF que, no controle difuso da constitucionalidade dos atos legais editados, tenha afirmado inconstitucional norma regularmente editada. Tal obrigação só surge após a extensão dos efeitos de reiteradas decisões nesse sentido por meio de Resolução do Senado Federal na forma prevista no art. 52 da Constituição Federal.

É que, como se sabe, o inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República estabeleceu o princípio da Unicidade de Jurisdição: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais.

Entretanto, integra, igualmente, o nosso ordenamento jurídico o princípio de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, ainda que em última instância, apenas fazem coisa julgada entre as partes. Desse modo, mesmo quando o STF, no exercício do controle difuso da constitucionalidade dos atos legais editados, declare em sessão plena a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão produz efeitos apenas para aquele(s) que integrou(aram) a lide.

A extensão dos efeitos de uma tal decisão, ainda segundo as regras emanadas da Carta Magna, depende de expedição de ato, de exclusiva competência do Poder Legislativo. Mais especificamente, Resolução do Senado Federal que suspenda a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, inciso X).

Somente é desnecessária tal medida quando a ação que deu causa ao pronunciamento do STF for ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal.

No esteio desse entendimento, vale aqui a transcrição do art. 77 da Lei nº 9.430, de 30 de dezembro de 1996:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

23



Processo nº : 13899.000981/2003-21
Recurso nº : 134.738
Acórdão nº : 204-02.851

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Com o objetivo aí previsto foi editado o Decreto nº 2.346, de 04/10/1997, cujos artigos 1º a 4º disciplinam a aplicação, em julgamentos administrativos, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Confira-se:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art. 1º-A. Concedida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal, ficará também suspensa a aplicação dos atos normativos regulamentadores da disposição questionada. (Artigo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Parágrafo único. Na hipótese do caput, relativamente a matéria tributária, aplica-se o disposto no art. 151, inciso IV, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, às normas regulamentares e complementares. (Parágrafo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

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

Vê-se que o disciplinamento do assunto é exaustivo. A hipótese ora em exame amolda-se à perfeição ao que dispõe o parágrafo único do art. 4º. Sua aplicação, no entanto, só pode ser feita respeitando a disposição do *caput*. Destarte, somente há autorização aos membros do Conselho para afastar a aplicação da lei em relação à qual o Secretário da Receita Federal e/ou o Procurador da Fazenda Nacional já se tenham pronunciado, dispensando a constituição de créditos ou a interposição de recursos.

Fiz questão de citar os artigos 1º, 2º e 3º do Decreto 2.346, embora os mesmos não se dirijam especificamente aos julgadores administrativos, para enfatizar que nem mesmo os demais servidores incumbidos da aplicação do direito podem deixar de aplicar a norma até que a Advocacia Geral da União faça publicar Súmula nesse sentido. Isto quer dizer que até lá, mesmo sabendo que irão inapelavelmente perder, caberá aos advogados da União promover a defesa judicial do crédito tributário.

De se notar, ainda, que o art. 1º vincula toda a Administração Federal e não apenas a Administração Tributária.

Tem-se alegado recentemente que o art. 49 do novo Regimento Interno desta Casa passou a acolher tal possibilidade sempre que a decisão do STF tenha sido proferida pelo seu Pleno.

Para clareza, vale aqui a transcrição:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

25



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Ocorre que, a todas as luzes, o cotejo dos dois atos administrativos, de um lado o Decreto do Presidente da República, de outro, a Portaria Ministerial que aprovou o novo Regimento dos Conselhos, revela que a última instituiu nova modalidade de apreciação dos casos de constitucionalidade não expressamente prevista no Decreto.

Com efeito, fora os casos do art. 1º, o Decreto apenas autoriza os julgadores administrativos a não aplicar norma que já tenha sido objeto de dispensa de constituição de créditos ou de defesa administrativa, respectivamente pelo Secretário da Receita Federal e pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

De fato, o decreto não faz qualquer ressalva quanto à decisão ter sido proferida pelo Pleno do STF. Não há, conclusivamente, qualquer autorização adicional para que o Conselho de Contribuintes considere improcedente lançamento de ofício consubstanciado em lei cuja constitucionalidade não tenha ainda sido declarada em ação direta ou cuja constitucionalidade, reiteradamente reconhecida pelo STF em ações individuais, tenha sido estendida aos demais contribuintes que não tenham proposto qualquer ação.

Nesses termos, entendo que a inovação introduzida pelo art. 49 do Regimento Interno dessa Casa é, ela própria, de constitucionalidade bastante questionável, na medida em que, por via inadequada, acrescentou hipótese não contemplada no Decreto 2.346/97 que a deveria reger. Isso porque a autorização legal (art. 77 da Lei nº 9.430/96) contemplou apenas o Poder Executivo.

Reconheço que ela, por certo, visou ao descongestionamento do Poder Judiciário e à economia de recursos, e promoveu uma equiparação dos Conselheiros ao Secretário da Receita Federal e ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, já autorizados pelo Decreto a desistir da constituição ou da defesa de créditos lavrados com base em lei declarada constitucional. Porém, entendo que isso deveria ter sido feito acrescendo um dispositivo ao Decreto regulamentar, não por meio de Portaria Ministerial.

Isso não obstante, não se pode deixar de aplicá-la por considerá-la constitucional. Isso seria contradizer tudo que até aqui se disse. Não o farei.

Ocorre que, felizmente, ela não **obriga** à aplicação imediata de toda e qualquer decisão Plenária. De fato, a norma nova apenas **retira o impedimento** que antes havia. Como se sabe, do ponto de vista lógico, “não ser impedido de” não significa “ser obrigado a”.

Ou seja, em respeito ao princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a única interpretação que permite integrá-la às disposições do Decreto a que devia obedecer, é entender que ela deixou ao alvedrio dos julgadores a aplicação imediata daquelas decisões, quando convencidos da exata correlação entre os fatos do processo e o conteúdo da decisão proferida na mais alta Corte. E a gravidade da sua adoção obriga a que essa análise seja, caso a caso, extremamente cuidadosa.



Processo nº : 13899.000981/2003-21

Recurso nº : 134.738

Acórdão nº : 204-02.851

E no caso concreto é forçoso reconhecer que as recentes decisões do STF que declararam inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS pela Lei nº 9.718/98 estão ainda a carecer de maiores esclarecimentos.

É que na Magna Corte se tem consignado que a noção de faturamento a que aludiam tanto a Lei Complementar nº 70, no que tange à COFINS, quanto a Lei nº 9.715/98, no que concerne ao PIS, corresponderiam à receita **da própria atividade da empresa**. Ou seja, sob o conceito contábil, a decisão confunde receita bruta com receita operacional.

Ora, não fora isso que pleitearam todos os contribuintes que ingressaram com ações contra aquela lei. Queriam eles que o STF ratificasse o seu entendimento de que faturamento significa receita da venda de bens ou serviços. Com isso, qualquer empresa, fosse de que ramo fosse, nunca incluiria receitas que não fossem provenientes de vendas – financeiras e outras – naquelas bases de cálculo.

Entretanto, na forma como acabou sendo aprovado o acórdão daquela Casa, salvo melhor juízo (a ser por ela mesma proferido), até mesmo empresas exclusivamente financeiras estarão sujeitas ao pagamento das contribuições sobre essas receitas, que são, por óbvio, as receitas provenientes de suas atividades. Para as demais, há de se analisar se a obtenção das demais receitas previstas na Lei 9.718, notadamente, como aqui, as receitas oriundas de aplicações financeiras, inclusive variações monetárias, faz parte de seus objetivos sociais ou não, o que, no caso de economia globalizada e sujeita a câmbio flutuante como a nossa, parece extremamente complicado.

Essas implicações gravíssimas para o seu entendimento provavelmente foram o principal motivo para que fosse retirada de pauta proposta de conversão dele em Súmula, aí sim vinculante de todos os tribunais inferiores.

E nesses termos, presente a aparente obscuridade dos julgados a aplicar, parece-me extremamente temerário promover administrativamente a sua extensão a empresas que não tenham sido diretamente beneficiadas por aquelas decisões.

Com essas considerações, votou a Câmara por não estender ao contribuinte a decisão do STF que considerou inconstitucional o alargamento da base de cálculo, mantendo o lançamento quanto às demais.

Esse o voto que me coube redigir.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.

JULIO CÉSAR ALVES RAMOS