



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

Processo nº 19740.000186/2005-84
Recurso nº 135.495 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 203-13.758
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL
Recorrida DRJ no Rio de Janeiro-RJII

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/2002

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.
DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA
Nº 1/2007.

Nos termos da Súmula nº 1/2007, do Segundo Conselho de Contribuintes, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

DECADÊNCIA. CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR. SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8/2008.

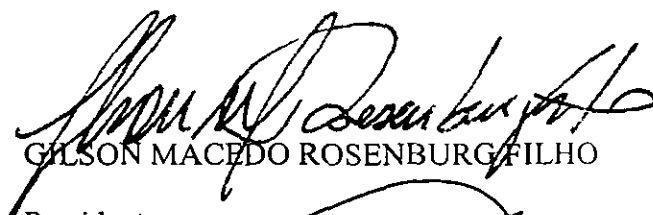
Editada a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo para a Fazenda proceder ao lançamento da Cofins e do PIS é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos dos art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo irrelevante a antecipação do pagamento.

Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial, e na parte conhecida dado provimento para cancelar o período decaído.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

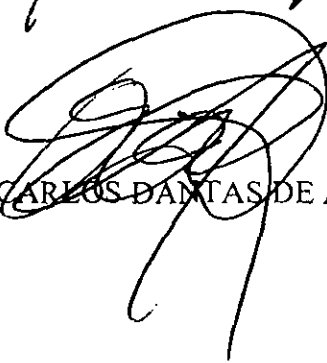
ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES: I) por maioria de votos, em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário. Vencido o Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes; e II) na parte conhecida, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, declarando a decadência do direito de a Fazenda Pública

constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até 05/2000, na linha da súmula 08 do STF. Fez sustentação oral pela Recorrente, a Drª Mariana Barreira Jatahy OAB-RJ nº 104.168.



GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Presidente



EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Luis Guilherme Queiroz Vivacqua (Suplente).

Relatório

O processo trata do Auto de Infração de fls. 58/68, relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, de 02/1999 a 07/2002, no valor de R\$ 23.052.708,10, incluindo juros de mora de multa de ofício no percentual de 75%.

A contribuinte tomou ciência do lançamento em 06/06/2005.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 37/46, que se reporta à legislação da Cofins destacando a IN SRF nº 170/2002, foram tributadas as seguintes rubricas: "receitas de aluguéis e rendimentos equiparados na carteira imobiliária", "resultado positivo de reavaliação de investimento imobiliário" e "ganhos/lucros na venda de investimentos imobiliários".

Segundo a fiscalização, somente a partir de 08/2002 passaram a ser excluídas da base de cálculo da contribuição para o PIS e Cofins os rendimentos citados (conforme Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, art. 35).

Impugnando o lançamento, a recorrente argui basicamente o seguinte, conforme o relatório da primeira instância que reproduzo por bem resumir as alegações (fls. 143/144):

Na data da lavratura do auto de infração (06/06/2005) já teria decaído o direito de a Fazenda Nacional lançar a Cofins relativa aos fatos geradores ocorridos de fevereiro de 1999 até maio de 2000, porquanto já decorridos cinco anos da data da ocorrência do fato gerador;

A nova base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98 é inconstitucional e ilegal porque o conceito de faturamento fixado pelo STF, para efeito da aplicação do art. 195, I, da CF/88, vigente ao tempo em que publicada a citada lei, correspondia apenas ao da receita bruta decorrente de vendas de mercadorias e serviços. A permissão para que o PIS e a Cofins incidissem sobre a totalidade das receitas só veio com a publicação da EC-nº 20, de 16/12/1998, que é posterior à MP nº 1.724/98 e à Lei nº 9.718/98;

Excluir do âmbito do processo administrativo a apreciação do questionamento da validade de qualquer norma jurídica é restringir a ampla defesa do litigante assegurada pela CF;

Mesmo que se entenda pela constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, as peculiaridades das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC existem desde a sua criação, razão por que não constituem fato novo a merecer legislação especial apenas a partir de agosto de 2002. Assim, a interpretação a ser dada ao art. 35 da MP nº 66/02 não pode ser outra senão a de explicitar o que antes já estava implícito na legislação: que as receitas de aluguel, venda e reavaliação de imóveis devem ser excluídas da base de cálculo do PIS e da Cofins, por configurarem receitas economicamente pertencentes a terceiros;

Embora refletido pela impugnante em seus resultados, a reavaliação de imóveis não representa receita efetivamente auferida, porquanto não decorre de qualquer oferta de venda efetiva ou de contratos celebrados com terceiros, mas sim de mera estimativa, temporária e sujeita a posterior reversão. Nesse passo, é descabida a Cofins lançada no auto sobre o resultado positivo de reavaliação de investimentos imobiliários, devendo o crédito a ele relativo ser cancelado.

A 4ª Turma da DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 141/152, julgou o lançamento procedente.

Inicialmente rejeitou a decadência, considerando que o prazo para lançamento da Contribuição é de dez anos, e consignou não conhecer dos argumentos de inconstitucionalidade contra a Lei nº 9.718/98, por extrapolar sua competência.

No mais, referiu-se à ampliação da base de cálculo estatuída no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, e às exclusões próprias das entidades de previdência privada, abertas e fechadas, de que tratam os §§ 6º, III, e 7º do citado artigo, e o art. 1º, V, da 9.701/98, respaldando a interpretação da autuação, no sentido de que somente com Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, é que os valores tributados passaram a ser excluídos da base de cálculo do PIS.

O Recurso Voluntário, tempestivo, insiste na improcedência do Auto de Infração, repisando o expendido na Impugnação.

Em aditamento ao Recurso, a Fundação informou em agosto de 2008 ter ingressado em 08/02/2007 com a Ação Declaratória nº 2007.51.01.002198-3, cumulada com pedido de repetição de indébito, na qual questiona o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Como nessa ação judicial lhe foi reconhecido o direito de recolher PIS e a Cofins sem se submeter ao citado parágrafo, julgado inconstitucional pelo STF, alega que independentemente da análise de mérito o Auto de Infração deve ser cancelado porque calculado "sobre receitas outras que não decorrentes de venda de mercadorias e da prestação de serviços (receitas de aluguel, venda e reavaliação de imóveis)" (fls. 332/333).

A Procuradoria da Fazenda Nacional, pronunciando-se sobre o aditamento ao Recurso, alega que a ação judicial trazida à baila não importa em extinção imediata do presente processo, vez que necessário analisar se as receitas tributadas constituem base de cálculo da Cofins, nos termos da LC nº 70/91. Reportando-se ao voto do Min. Cezar Peluso no RE nº 357.950, repetido no AgR no RE nº 400.479-8, argúi que o conceito de receita bruta não se limita à venda de mercadorias e prestação de serviços, mas abrange "todos os ingressos decorrentes da atividade desenvolvida pela contribuinte", que o STF o entendimento do STF em torno da base de cálculo da Contribuição tem sofrido variações, mesmo após o julgamento do RE nº 357.950, e que a ausência de posicionamento definitivo recomenda prudência na tributação das receitas financeiras.

Ressalta, a PFN, que na decisão judicial transitada em julgado em prol da recorrente não há qualquer menção específica sobre a impossibilidade de tributação das receitas tratadas nos autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

O Recurso é tempestivo e atende às condições para sua admissibilidade, pelo que dele conheço no tocante à decadência. No mais, em face da ação judicial referida o restante da peça recursal não deve ser apreciado. Neste sentido a Súmula nº 1/2007, deste Segundo Conselho de Contribuintes, que dispõe o seguinte:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo

Na análise da decadência, cabe aplicar a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91. Resolvida a polêmica pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, o prazo para a Fazenda proceder ao lançamento da Cofins e do PIS há de ser regulado pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

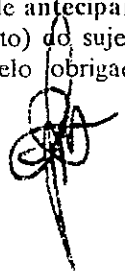
Considero que o termo inicial ou *dies a quo* é contado sempre da ocorrência do fato gerador, independentemente de ter havido a antecipação de pagamento determinada pelo § 1º do art. 150 do CTN. Neste ponto importa investigar a respeito do que se homologa = se o pagamento antecipado, ou toda a atividade do sujeito passivo. Ressaltando-se que há inúmeras opiniões em contrário, segundo as quais não há lançamento por homologação se não houver pagamento antecipado, filio-me à corrente minoritária a qual pertence José Souto Maior Borges, que entende haver homologação da atividade do contribuinte, consistente na identificação do fato gerador e apuração do imposto, que deve ser antecipado somente se devido.

Por oportuno, cabe lembrar o lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Física, em que o contribuinte, após computar os valores retidos pela fonte pagadora, calcula o imposto anual podendo chegar a três resultados diferentes: valor devido, zero ou imposto a restituir. Após o cálculo, o sujeito passivo preenche e entrega a declaração, devendo antecipar o pagamento se apurou valor a pagar, ou então aguardar a restituição, caso os valores retidos tenham sido maiores que o imposto devido anualmente.

A Secretaria da Receita Federal, após processar a declaração, emite uma notificação, através da qual o auditor fiscal homologa expressamente todo o procedimento do contribuinte, já que confirma o imposto a restituir ou o valor zero, ou ainda, caso tenha apurado valor diferente, procede ao lançamento desta diferença. Quando a autoridade administrativa confirma o valor declarado pelo sujeito passivo, é expedida uma notificação ao sujeito passivo e tem-se o lançamento por homologação; quando o valor apurado pela autoridade é maior, ao invés de uma notificação lavra-se um auto de infração, procedendo-se ao lançamento de ofício.

Nos outros tributos lançados por homologação – hoje quase todos o são –, o procedimento não é substancialmente diferente, sendo que em vez de notificação expressa na grande maioria dos casos ocorre a homologação ficta, na forma do previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

Ora, se a autoridade administrativa homologa um valor zero, ou uma restituição, evidente que não está homologando pagamento. A redação do *caput* do art. 150 do CTN emprega o termo pagamento para informar o dever de sua antecipação (“... tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento ...”), não para dizer de sua homologação. Esta refere-se à atividade (ou procedimento) do sujeito passivo (“... a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”)



Definido o período decaído, visando evidenciar a identidade com a via judicial destaco as receitas tributadas: aluguéis e rendimentos equiparados na carteira imobiliária, resultado positivo de reavaliação de investimento imobiliário e ganhos/lucros na venda de investimentos imobiliários.

Ao contrário do defendido pela douta Procuradoria da Fazenda Nacional, levando em conta que a Recorrente é Entidade Fechada de Previdência Complementar (EFPC) entendo que todas essas receitas foram tributadas com base no alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718/98. Daí a igualdade com a Ação Declaratória nº 2007.51.01.002198-3, impetrada após o Recurso Voluntário e que visa impedir a exigência da Contribuição com base no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Na referida Declaratória, conforme o Acórdão do TRF da 2ª Região ficou decidido que, declarada pelo STF *"a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, mantém-se a base de cálculo constituída apenas pela receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e de serviços e de serviços de qualquer natureza, nos termos da Lei Complementar nº 70/91 (COFINS), e com base na Lei nº 9.715/98, relativamente ao PIS"* (item 2 da ementa).

Se em vez de uma entidade de previdência privada a Recorrente fosse uma empresa comercial qualquer, caberia tributar os rendimentos de aluguéis (receitas da rubrica aluguéis e rendimentos equiparados na carteira imobiliária), mesmo antes da Lei nº 9.718/98, dada a permanência dessa espécie de receita. Quanto às outras duas receitas (resultado positivo de reavaliação de investimento imobiliário e ganhos/lucros na venda de investimentos imobiliários), inexistiu dúvida: somente poderiam ser tributadas à luz da receita bruta alargada pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Aqui cabe observar que a definição de faturamento ou receita bruta, se por um lado não é um conceito indeterminado, por outro não é tão cerrada a ponto de limitar-se à soma das faturas emitidas pela pessoa jurídica, como pretendem alguns. Mesmo antes da Lei nº 9.718/98 já era assim, como demonstra o pronunciamento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, mais precisamente no voto do relator, Min. Moreira Alves, ao acentuar a conceituação de faturamento para fins tributários, nos termos da LC nº 70/91:

Note-se que a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza" - nada mais fez do que lhe dá a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços "coincide com o faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36)."

(STF, Pleno. ADC nº 1, Relator Ministro Moreira Alves, em 01/12/1993).

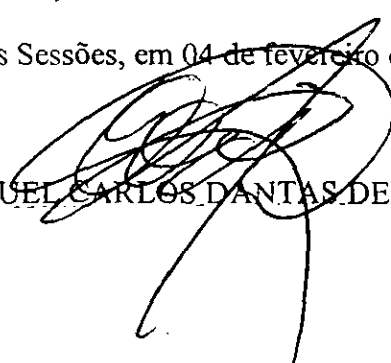
No julgado acima referido (Recurso Extraordinário nº 150.764, relativo ao antigo Finsocial), o Ministro Ilmar Galvão reporta-se ao art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87, que já tratava do faturamento, base de cálculo do Finsocial, como sendo a "receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza". Atento a essa

definição de faturamento, o Min. Cezar Peluso, no RE nº 357.950, que cuida da Lei nº 9.718/98 esclarece que “Quanto ao caput do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme a Constituição, nos termos do julgamento proferido no RE nº 150.755/PE, que tomou a locução receita bruta como sinônimo de faturamento, ou seja, no significado de ‘receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços’, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, se traduz na soma das receitas oriundas das atividades empresariais.”

Apesar dessa definição de faturamento menos estreita, que numa empresa comercial abrange os rendimentos de aluguéis constantes, na situação específica de uma entidade de previdência privada tais receitas se assemelham mais a rendimentos de capital. E como estes somente são tributados sob a égide do alargamento introduzido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, toda a parte não decaída e mantida do lançamento não deve ser apreciada, em face da ação judicial. O que cabe, em vez do conhecimento, é apenas sublinhar que a autoridade executora do presente acórdão deve observar fielmente a sentença transitada em julgado, deixando de exigir a parte exonerada pelo Judiciário.

Pelo exposto, não conheço em parte do Recurso, em face da identidade com a via judicial, e na parte conhecida dou provimento parcial para cancelar os períodos de apuração anteriores a junho de 2000, em virtude da decadência.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 19740.000186/2005-84
Recurso nº: 135495

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 61 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, fica o(a) Procurador(a) da Fazenda Nacional credenciado(a) intimado(a) a tomar ciência do Acórdão nº 203-13758.

Brasília, 14/05/2009


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em