



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010189-05.2011.4.03.6120/SP2011.61.20.010189-
3/SP**D.E.**

Publicado em 05/09/2018

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA
APELANTE : CARLTON AUTOMOTIVA LTDA
ADVOGADO : SP141510 GESIEL DE SOUZA RODRIGUES e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 00101890520114036120 1 Vr ARARAQUARA/SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PIS E COFINS - JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO E HEDGE A COMPOREM A BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO À ALÍQUOTA ZERO - DECRETO N. 5.164/2004 - LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS

1. Destaque-se que a Suprema Corte firmou o entendimento de que o PIS e a COFINS incidem sobre a totalidade dos valores auferidos no exercício das atividades empresariais do polo contribuinte. Precedente.

2. No curso do desenvolvimento da atividade empresarial, em face de interesses mercadológicos e de oscilações econômicas, tanto as sociedades limitadas, como as anônimas, necessitam de investimento de capital, para alcançar os seus anseios produtivos/expansivos/estruturais.

3. Vigendo no mundo globalizado o predomínio do padrão econômico capitalista, patente que o uso da importância investida tem um preço, este a estar representado, pela forma mais corriqueira de acréscimo, pelos juros.

4. Os juros sobre capital próprio nada mais são do que as despesas que a pessoa jurídica possui em relação à remuneração (juros) das quantias aplicadas, a título de investimento na própria sociedade.

5. Importante diferenciação merece ser destacada, porque os juros sobre capital próprio não se confundem com o pagamento de dividendos, estes últimos, no conceito do Professor Rubens Requião, a representarem *"a parcela de lucro que corresponde a cada ação. Verificado o lucro líquido da companhia, pelo balanço contábil, durante o exercício social fixado no estatuto, a administração da sociedade deve propor à assembleia geral o destino que se deva dar. Se for esse lucro distribuído aos acionistas, tendo em vista as ações, surge o dividendo. Até então o acionista teve apenas expectativa do crédito dividendual. Resolvida a distribuição, surge o dividendo integrado pelo pagamento, no patrimônio do acionista"* (Curso de Direito Comercial, 23ª edição, 2º Volume, pg. 243, Editora Saraiva). Precedente.

6. Tratando-se de verbas distintas, não se há de falar em exclusão da base de cálculo dos juros sobre capital próprio, matéria já apreciada sob o rito dos Recursos Repetitivos, RESP 201001169433. Precedente.

7. A operação de hedge ostenta natureza de receita financeira, assim perfazendo a base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedente.

8. Sobre a redução de alíquota promovida pelo Decreto 5.164/2004, nenhuma ilicitude se flagra.

9. Assinale-se haver diferença entre imunidade, isenção e alíquota zero: o primeiro conceito a cuidar de limitação constitucional ao poder de tributar; o segundo a tratar de exclusão do dever de pagar o tributo em função de legislação autorizativa; já o tributo com incidência à alíquota zero não é imune nem isento, mas a possuir causa de incidência por percentual numérico que não expressa valor.

10. A técnica distinção é bastante clara, porque, para esta última, possível a alteração da alíquota em função de política extrafiscal do Poder Público, sem o formalismo que demanda a concessão de isenção.

11. Ante o permissivo contido na Lei 10.865/2004, nada mais fez o Decreto 5.164/2004 do que seguir a estrita legalidade tributária à hipótese redutora da alíquota envolvida. Precedente.

12. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de agosto de 2018.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): JOSE FRANCISCO DA SILVA NETO:10123

Nº de Série do Certificado: 112C17022048605F

Data e Hora: 03/08/2018 12:44:42

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010189-05.2011.4.03.6120/SP

2011.61.20.010189-
3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA
APELANTE : CARLTON AUTOMOTIVA LTDA
ADVOGADO : SP141510 GESIEL DE SOUZA RODRIGUES e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 00101890520114036120 1 Vr ARARAQUARA/SP

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em embargos à execução fiscal, deduzidos por Carlton Automotiva Ltda. em face da União, aduzindo que os juros sobre capital próprio e o hedge não fazem parte da base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando indevida a redução à alíquota zero de mencionados tributos realizada pelo Decreto 5.164/2004, para as receitas financeiras, por se tratar de burla, haja vista a não incidência tributante.

A r. sentença, fls. 80/83, julgou improcedentes os embargos, asseverando que os juros sobre capital próprio, assim como as operações de hedge, independentemente de classificação contábil, integram a base de cálculo das contribuições litigadas, havendo previsão legal para a redução das alíquotas do PIS e da COFINS (Lei 10.865/2004), atendendo o Decreto 5.164/2004 àquele mandamento, sendo que o Decreto 5.442/2005 revogou aquel'outro, passando a incluir as receitas decorrentes de hedge, dentre aquelas sujeitas à alíquota zero. A título sucumbencial, em prol da União, firmou o encargo do Decreto-Lei 1.025/69.

Apelou o polo contribuinte, fls. 85/96, alegando, em síntese, que os juros sobre capital próprio e o hedge não fazem parte da base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando indevida a redução à

alíquota zero de mencionados tributos realizada pelo Decreto 5.164/2004, para as receitas financeiras, por se tratar de burla, haja vista a não incidência tributante.

Não apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Destaque-se que a Suprema Corte firmou o entendimento de que o PIS e a COFINS incidem sobre a totalidade dos valores auferidos no exercício das atividades empresariais do polo contribuinte:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS E COFINS. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, incide Pis e Cofins sobre a totalidade dos valores auferidos no exercício das atividades empresariais do contribuinte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(RE 853463 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 17-09-2015 PUBLIC 18-09-2015)

No curso do desenvolvimento da atividade empresarial, em face de interesses mercadológicos e de oscilações econômicas, tanto as sociedades limitadas, como as anônimas, necessitam de investimento de capital, para alcançar os seus anseios produtivos/expansivos/estruturais.

Neste contexto, vigendo no mundo globalizado o predomínio do padrão econômico capitalista, patente que o uso da importância investida tem um preço, este a estar representado, pela forma mais corriqueira de acréscimo, pelos juros.

Ou seja, os juros sobre capital próprio nada mais são do que as despesas que a pessoa jurídica possui em relação à remuneração (juros) das quantias aplicadas, a título de investimento na própria sociedade.

Importante diferenciação merece ser destacada, porque os juros sobre capital próprio não se confundem com o pagamento de dividendos, estes últimos, no conceito do Professor Rubens Requião, a representarem *"a parcela de lucro que corresponde a cada ação. Verificado o lucro líquido da companhia, pelo balanço contábil, durante o exercício social fixado no estatuto, a administração da sociedade deve propor à assembleia geral o destino que se deva dar. Se for esse lucro distribuído aos acionistas, tendo em vista as ações, surge o dividendo. Até então o acionista teve apenas expectativa do crédito dividendual. Resolvida a distribuição, surge o dividendo integrado pelo pagamento, no patrimônio do acionista"* (Curso de Direito Comercial, 23ª edição, 2º Volume, pg. 243, Editora Saraiva).

Ao norte da diferenciação dos conceitos, o C. STJ a assim o vaticinar:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO E DIVIDENDOS. NATUREZA DISTINTA. POSSIBILIDADE DE RETRIBUIÇÃO CUMULATIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os dividendos decorrem do desempenho financeiro da empresa, ou seja, do lucro apurado pela empresa no período de um ano, remunerando o investidor pelo sucesso do empreendimento social. Os juros sobre capital próprio, por sua vez, têm origem nos lucros apresentados nos anos anteriores e que

ficaram retidos na sociedade e tem por finalidade remunerar o investidor pela indisponibilidade do capital aplicado na companhia. Possuem ditas verbas natureza jurídica distinta. Precedentes.

..."

(AgRg no REsp 1207522/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 03/11/2010)

Assim, tratando-se de verbas distintas, não se há de falar em exclusão da base de cálculo dos juros sobre capital próprio, matéria já apreciada sob o rito dos Recursos Repetitivos, RESP 201001169433:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO - JCP.

1. A jurisprudência deste STJ já está pacificada no sentido de que não são dedutíveis da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS o valor destinado aos acionistas a título de juros sobre o capital próprio, na vigência da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003, permitindo tal benesse apenas para a vigência da Lei n. 9.718/98. Precedentes da Primeira Turma: AgRg nos EDcl no REsp 983066 / RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 01.03.2011; AgRg no Ag 1209804 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 16.12.2010; REsp 1018013 / SC, Rel. Min. José Delgado, julgado em 08.04.2008; REsp 952566 / SC, Rel. Min. José Delgado, julgado em 18.12.2007; REsp 921269 / RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22.05.2007. Precedentes da Segunda Turma: REsp 1212976 / RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 9.11.2010; AgRg no Ag 1330134 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19.10.2010; REsp 956615 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 13.10.2009; AgRg no REsp 964411 / SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.09.2009.

2. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "não são dedutíveis da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS o valor destinado aos acionistas a título de juros sobre o capital próprio, na vigência da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003".

3. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. ..EMEN:(RESP 201001169433, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:22/02/2016 ..DTPB:.)

Por igual, a operação de hedge ostenta natureza de receita financeira, assim perfazendo a base de cálculo do PIS e da COFINS:

"MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES COFINS E PIS PELO REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE - LEIS Nº 10.637/02, 10.833/03 - CONTRATOS DE HEDGE - NATUREZA - RECEITA FINANCEIRA - INCIDÊNCIA -DECRETO Nº 5.164/04, ARTIGO 1º.

I - Agravo Retido não conhecido, porque não reiterado nas razões recursais.

II - Na presente ação não se questiona a legitimidade da base de cálculo destas contribuições estabelecida nos artigos 1º das referidas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, nem se discute a incidência contributiva sobre as receitas financeiras, mas sim apenas a suposta indevida incidência sobre as receitas decorrentes de "contratos de hedge".

III - Conforme definição contida no § 1º do artigo 84 da Lei nº 10.833/03, "consideram-se hedge as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com as atividades operacionais daS pessoas jurídica e se destinar à proteção de direitos ou obrigações da mesma", tendo evidente natureza de receita financeira, apesar de sua natureza específica destinada a manter a receita da pessoa jurídica afetada pelos riscos do mercado, por isso estando sujeita à incidência contributiva de PIS e COFINS não-cumulativas (Lei nº 10.637/02, art. 35 e Lei nº 10.833/03, art. 84).

IV - Tendo o legislador (Decreto nº 5.164/04, artigo 1º, c.c. Lei nº 10.865/04, artigo 27, § 2º) conferido determinado tratamento fiscal a uma parte das receitas financeiras (alíquota zero) e não a outras (juros de capital próprio e receitas decorrentes de contratos de hedge), descabe do Poder Judiciário fazê-lo (CTN, artigo 111), consignando-se que todos os contribuintes são submetidos a igual tratamento tributário, por isso não havendo ofensa ao princípio da isonomia. Precedentes do E. STJ

V - A questão do momento da exigência contributiva, questão suscitada no parecer do Ministério Público Federal nesta instância, não é objeto da presente ação.

VI - Apelação da impetrante desprovida."

(AMS 00150182120044036105, JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, DJF3 DATA:23/09/2008)

De seu vértice, sobre a redução de alíquota promovida pelo Decreto 5.164/2004, nenhuma ilicitude se flagra.

Assinale-se haver diferença entre imunidade, isenção e alíquota zero: o primeiro conceito a cuidar de limitação constitucional ao poder de tributar; o segundo a tratar de exclusão do dever de pagar o tributo em função de legislação autorizativa; já o tributo com incidência à alíquota zero não é imune nem isento, mas a possuir causa de incidência por percentual numérico que não expressa valor.

A técnica distinção é bastante clara, porque, para esta última, possível a alteração da alíquota em função de política extrafiscal do Poder Público, sem o formalismo que demanda a concessão de isenção.

Neste passo, ante o permissivo contido na Lei 10.865/2004, nada mais fez o Decreto 5.164/2004 do que seguir a estrita legalidade tributária à hipótese redutora da alíquota envolvida:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA. ALÍQUOTAS. REDUÇÃO E MAJORAÇÃO POR ATO DO EXECUTIVO. LEI N. 10.865/2004. POSSIBILIDADE.

1. A controvérsia a respeito da incidência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras está superada desde o advento da EC n. 20/1998, que deu nova redação ao art. 195, II, "b", da CF/88.

2. Em face da referida modificação, foram editadas as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais definiram como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

3. As contribuições ao PIS e à COFINS, de acordo com as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, incidem sobre todas as receitas auferidas por pessoa jurídica, com alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

4. No ano de 2004, entrou em vigor a Lei n. 10.865/2004, que autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, de modo que a redução ou o restabelecimento poderiam ocorrer até os percentuais especificados no art. 8º da referida Lei.

5. O Decreto n. 5.164/2004 reduziu a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa das referidas contribuições.

6. O Decreto n. 5.442/2005 manteve a redução das alíquotas a zero, inclusive as operações realizadas para fins de hedge, tendo sido revogado pelo Decreto n. 8.426/2015, com vigência a partir de 01/07/2015, que passou a fixá-las em 0,65% e 4%, respectivamente.

7. Hipótese em que se discute a legalidade da revogação da alíquota zero, prevista no art. 1º do Decreto n. 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras pelo art. 1º do Decreto n. 8.426/2015.

8. Considerada a constitucionalidade da Lei n. 10.865/2004, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quanto restabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas, sendo certo que tanto os decretos que reduziram a alíquota para zero quanto o Decreto n. 8.426/2015, que as restabeleceu em patamar inferior ao permitido pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/03, agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em ilegalidade.

9. O art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 autoriza o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas nos percentuais delimitados na própria Lei, da forma que, considerada legal a permissão dada ao administrador para reduzir tributos, também deve ser admitido o seu restabelecimento, pois não se pode compartimentar o próprio dispositivo legal para fins de manter a tributação com base em redução indevida.

10. Recurso especial desprovido.

(REsp 1586950/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017)

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, art. 110, CTN, Decreto-Lei 2.397/97, Decreto 5.164/2004, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, **pelo improvimento à apelação**, na forma aqui estatuída.

É como voto.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a):	JOSE FRANCISCO DA SILVA NETO:10123
Nº de Série do Certificado:	112C17022048605F
Data e Hora:	03/08/2018 12:44:39
