



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845


Recorrente : ALBRÁS - ALUMÍNIO BRASILEIRO S/A
Recorrida : DRJ em Belém - PA

RESOLUÇÃO Nº 203-00.572

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ALBRÁS - ALUMÍNIO BRASILEIRO S/A.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator-Designado.** Vencidos os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto (Relator) e Valdemar Ludvig . Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004.


Leonardo de Andrade Couto
Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria-Cristina-Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins, Cesar Piantavigna e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.
Eaal/mdc



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845

Recorrente : ALBRÁS – ALUMÍNIO BRASILEIRO S/A .

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

O contribuinte supracitado recebeu lançamento de ofício da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente aos períodos de apuração 02/1996, 03/1996, 04/1996, 02/1999 a 12/1999 e 01/2000 a 12/2000, conforme Auto de Infração de fls. 81/96, devido à constatação de “DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O PAGO/DECLARADO”. O lançamento de ofício resultou num crédito tributário de R\$ 95.210.453,69 (noventa e cinco milhões, duzentos e dez mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e sessenta e nove centavos), incluindo a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, multa de ofício e juros de mora, estes últimos calculados até 29/11/2002.

2. Assim inicia a Descrição dos Fatos, de fls. 83/88, do Auto de Infração de fls O. 81/96:

“Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, tendo em vista que o contribuinte registrou, como estorno da conta de despesas financeiras, diversos valores tidos, pela fiscalização fiscal, como receitas financeiras; e, como estorno da conta de receitas financeiras, diversos valores tidos, pela legislação fiscal, como despesas financeiras. Saliente-se que as receitas financeiras integram a base de cálculo da COFINS e do PIS, mas as despesas financeiras não podem diminuí-la. Deste modo, o critério adotado pela empresa, acima exposto, contribuiu para reduzir indevidamente a base de cálculo destas contribuições.

3. Ainda segundo a Descrição dos Fatos de fls. 83/88, o contribuinte foi intimado a justificar as divergências detectadas. Em resposta apresentou termo (fls. 72/81) em que aduz, em resumo:

3.1. Que não pode prevalecer o entendimento de que as variações cambiais positivas nas operações de cunho ativo, devem ser automaticamente acrescidas à base de cálculo de PIS e COFINS, restando vedado à requerente a exclusão das variações cambiais negativas em suas operações ativas.

3.2. Que, exemplificando suas operações contábeis, dado um aumento da taxa de câmbio, os direitos de crédito geram variação cambial que é incluída, como receita, na base de cálculo; as obrigações, por seu turno, geram variação cambial que, como despesa, não é deduzida da base de cálculo.

3.3. Que, também exemplificando suas operações contábeis, dada uma diminuição da taxa de câmbio, os direitos de crédito geram “variação cambial ativa negativa” (expressão cunhada pelo contribuinte), a qual é deduzida da base de cálculo; as obrigações, por um outro lado, geram “variação cambial passiva positiva”, a qual não é incluída na base de cálculo.

3.4. Que a COFINS e o PIS não podem tributar o patrimônio, porque se voltam às receitas, acréscimos, ganhos patrimoniais. Cré ser incabível compor a base de cálculo



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845

apenas com as receitas financeiras, que a majoram, sem permitir o cômputo das despesas financeiras, que a reduzem ou deixam de aumentá-la.

3.5. Que o procedimento da empresa é similar à reversão de provisões operacionais e à recuperação de créditos baixados como perda, previstos na legislação como não componentes da base de cálculo da COFINS e do PIS.

3.6. Que as variações positivas de contas ativas, subseqüentes às variações negativas, representam meras recuperações de créditos baixados anteriormente, enquanto que as variações positivas de contas a pagar, subseqüentes às variações negativas, representam recuperações de despesas anteriores, expondo-se como reais provisões.

3.7. Que a Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, corrobora a possibilidade de não inclusão nas bases de cálculo das variações positivas não definitivas, afastadas que estão dos conceitos de receitas efetivas, reais e novos ingressos patrimoniais, e por isso mesmo intributáveis pelas aludidas exações. E que só se pode falar em ganho de câmbio, ganho cambial ou mesmo receita cambial, se e na medida em que estiver diante de um crédito definitivo, efetivo e real, nunca de um direito simplesmente potencial.

3.8. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

3.9. Aborda os artigos 177, 179 e 183 da lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976.

3.10. Acredita que o Ato Declaratório nº 73/99, que trata do assunto, ao fazer alusão às "variações monetárias ativas auferidas", confirma o seu entendimento; para o contribuinte, "receita auferida" significa "receita definitiva", ou seja, "realizada".

4. Analisando cada ponto das justificativas do contribuinte, reproduzidas acima, a Descrição dos Fatos, em suas fls. 85/87, rebate-as. Em consequência foi produzido lançamento de ofício da COFINS, fls. 81/96.

5. O contribuinte insurgiu-se contra a autuação, através da impugnação de fls. 361/403. Em seu teor repete as alegações do Termo de fls. 72/81, resumidos nos sub itens 3.1 a 3.10 acima. Aduz ainda:

5.1. Que pesa sobre o lançamento insanável nulidade por força de expresso mandamento judicial, que adviria de sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, nos autos do Mandado de Segurança, impetrados pela Impugnante, sob o número 1999.39.00.003461-5, cópia às fls. 439/444.

5.1.1. A sentença asseguraria à ALBRAS S/A o direito de, relativamente à Contribuição, não se sujeitar à base de cálculo ampliada pela lei nº 9.718/98.

5.1.2. A sentença por si só teria o condão de impedir a Administração Fazendária de proceder ao lançamento direto.

5.1.3. Nos termos da determinação judicial referida, o procedimento apuratório da base de cálculo da COFINS vigente para a requerente é o da Lei Complementar 70/1991, com a definição de faturamento ali constante, ou seja, sem a inclusão das receitas financeiras.

5.2. Em relação ao mérito adiciona ainda o Impugnante que, no ano calendário de 1999, fora utilizado o regime de competência, com o critério apuratório segundo o qual havendo valorização da moeda estrangeira referencial para cada operação ativa (contas a receber) face à moeda nacional, a mesma era computada como receita financeira, e



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845

acrescida à base de cálculo de PIS e COFINS, mantendo-se o mesmo critério, mesmo com a prolatação da mencionada sentença mandamental no âmbito judicial.

5.3. No que se refere às operações passivas (contas a pagar), havendo desvalorização da moeda estrangeira, ou seja, variação cambial negativa, o efetivo tributário seria neutro, enquanto que nas contas a receber – direitos de crédito – havendo perda cambial, procederia a Impugnante à diminuição/exclusão dos valores da base de cálculo de PIS e COFINS.

5.4. Já em relação ao ano calendário 2000, valendo-se do direito de opção assegurado pela MP de nº 2.158-35/2001, art. 30, no que concerne às variações cambiais, teria passado a ALBRAS S/A a adotar o regime de caixa. Mas, segundo a própria Impugnante, teria mantido o mesmo critério apuratório da receita de variação cambial para fins de composição da base tributária de PIS e COFINS, contemporâneo ao de 1999.

5.5. Daí que seria procedida a exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS da variação monetária ativa – variação sobre contas a receber – em havendo variação mensal negativada moeda estrangeira.

5.6. Sobre o direito de exclusão que requer, e repetindo argumento apresentado no termo de fls. 71/80, assim defende-se o Impugnante:

“ Ora, como revestir de legalidade a não exclusão da variação cambial ativa negativa da base de PIS e COFINS havida na variação monetária ativa negativa, se revela-se aí manifesta e irretorquível perda financeira, ao passo que na variação monetária passiva negativa, deve ser compelido a incluir na base de cálculo das mesmas contribuições, toda a variação cambial passiva negativa, vez que haveria receita financeira tributável??!!”

5.7. Defende ser juridicamente indefensável fazer incidir PIS e COFINS sobre pretensas “receitas financeiras” que seriam simples contrapartidas contábeis de atualizações, também contábeis e efêmeras, de saldos de direitos e obrigações, variações as quais desfluiriam de flutuações transitórias positivas da taxa cambial, sem que no entanto houvesse materialização de receita final, definitiva e real. Neste sentido cita Acórdão do STJ referente à incidência do imposto de renda sobre variações cambiais e Pareceres CST nºs 121/73 e 35/74.

5.8. Recorre ao artigo 177 da lei 6.404/76 para defender que só pode ser enquadrada como receita, quando for o acréscimo definitivo, conforme o princípio do conservadorismo.

5.9. Defende que a receita seria um direito e que, segundo o artigo 179 e o inciso II do artigo 166 da lei 6.404/76, o instante em que se reputaria ocorrido o fato gerador seria quando a situação jurídica estivesse definitivamente constituída.

5.10. Aduz que a receita da ALBRAS S/A é em grande parte de exportação, o que configuraria hipótese isencional insculpida na Lei Complementar nº 85/1996, em seu art. 7º e na Medida provisória 2158-35, de 24 de agosto de 2001, art. 14.

5.11. Acrescenta que o critério que usou para a composição da base de cálculo do PIS e da COFINS, desde o advento da lei 9.718/1998, fora invariavelmente o mesmo:



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845

"Empregou-se o "regime de competência" com o critério de apuração partindo do princípio de que havendo valorização da moeda estrangeira referencial para cada operação ativa (contas a receber) face à moeda nacional – ganho cambial – o mesmo era acrescido como receita financeira, e acrescido à base de cálculo de PIS e COFINS..."

5.12: Por todo o exposto requer que seja acolhida a preliminar de nulidade. Acaso não acolhida a preliminar de nulidade, no mérito seja julgado procedente o pedido para o fim de nulificar o lançamento perpetrado.

adiante: A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 31/12/2000

Ementa: VARIAÇÃO MONETÁRIA. A variação monetária dos direitos de crédito, em função da taxa de câmbio ou de outros índices ou coeficientes legais ou contratuais, que venham a ser estipulados nos contratos de exportação de bens ou serviços, tema natureza de receita financeira, devendo compor a base de cálculo, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição Pis/Pasep e da Cofins.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 31/12/2000

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. A propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 31/12/2000

Ementa: SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. Nos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo, não caberá lançamento de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 31/12/2000

Ement:PROVISÕES. As provisões operacionais que podem ser constituídas estão prevista as nos artigos 335 a 339 do Decreto 3.000/99, não se aplicando à matéria do presente litígio.

Lançamento Procedente

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho (fls. 475/814), onde reitera as razões da peça impugnatória.

É o relatório.



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845

VOTO DO CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
RELATOR-DESIGNADO

Representando o pensamento da maioria dos meus pares nesta Câmara, entendo que o processo não se encontra em condições de ser julgado, em virtude da ausência de informações acerca da garantia de instância determinada pelo art. 32 da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, que alterou o art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Como consta no voto do ilustre relator, não há nos autos informações da autoridade preparadora sobre o arrolamento de bens necessário. Tampouco há notícias sobre o arrolamento a cargo da fiscalização, nos termos do art. 64 da Lei nº 9.532//97, realizável nos casos em que a soma dos créditos tributários de responsabilidade do sujeito passivo excede a trinta por cento do seu patrimônio conhecido e, simultaneamente, é superior a R\$ 500.000,00. Este último, conforme o art. 12 da Instrução Normativa SRF nº 264/2002, também poderia suprir a garantia de instância.

O contribuinte, por sua vez, também nada informa na sua peça recursal. Assim, perdura incerteza, que entendo deva ser dirimida sob pena de se negar seguimento ao Recurso quando, talvez, caiba o seu recebimento e posterior apreciação por este órgão julgador.

O art. 33 do Decreto nº 70.235/72, alterado pela Lei nº 10.522/2002, informa o seguinte:

"Art. 33. (...)

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física."

A Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002, por sua vez, ao regulamentar o arrolamento de bens e dispor sobre os procedimentos que devem ser adotados para tanto, determina no seu art. 2º que "O recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão."

À vista do estabelecido no art. 2º da IN SRF nº 264/2002, que guarda consonância com o § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pelo art. 32 da Lei nº 10.522/2002, na situação de inexistência do arrolamento de bens o recurso não terá seguimento, não sendo apreciado por este Conselho de Contribuintes. Diante das conseqüências que tal medida acarreta, é fundamental que a autoridade preparadora, primeiro, observe se houve ou não o arrolamento de bens; e segundo, na situação em que o mesmo foi realizado, verifique o seu valor para saber se o limite mínimo de trinta por cento do crédito tributário foi atingido ou se, em caso contrário, todos os bens do ativo permanente da pessoa jurídica ou do patrimônio da pessoa física foram arrolados.

No caso de inexistência do arrolamento, ou caso o mesmo seja efetuado em valores inferiores ao mínimo exigível, deve o órgão de origem notificar o contribuinte da situação, reabrindo-lhe prazo para sanar a garantia da instância recursal. Assim deve ser feito em homenagem ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, segundo o qual aos litigantes, em



Processo nº : 10280.006163/2002-21
Recurso nº : 124.845

processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Se ao final não foi efetivado o arrolamento necessário, deve a autoridade preparadora fazer constar tal informação no processo e negar, mediante despacho, seguimento ao Recurso.

A simples remessa dos autos a este Conselho de Contribuintes, sem qualquer informação atinente ao arrolamento, não é o melhor procedimento, pois este órgão julgador fica sem condições de decidir com segurança pelo conhecimento (ou não) do recurso voluntário.

Destarte, sem se saber com certeza se houve ou não o arrolamento, deve o processo ser devolvido à autoridade preparadora, para que se pronuncie sobre o assunto.

Pelo exposto, voto por converter o julgamento do recurso em diligência para que o órgão de origem informe acerca da existência (ou não) do arrolamento de bens. Se realizado o arrolamento, responda se atende aos requisitos da IN SRF nº 264/2002. Do contrário (caso inexistente o arrolamento), o órgão de origem deve notificar o contribuinte para sanar a irregularidade, fazendo constar expressamente da notificação que o não atendimento da garantia de instância, no prazo estabelecido, implicará automaticamente em não seguimento do Recurso, com posterior cobrança do crédito tributário mantido pela primeira instância.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS