



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10665.000758/2003-39
Recurso nº 230.237 Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-001.256 – 3ª Turma
Sessão de 06 de dezembro de 2010
Matéria PIS
Recorrente MINAS EXPORT LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/02/1999 A 31/12/1999

FALTA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE.

O prequestionamento é condição imprescindível para o seguimento do recurso especial, nos termos do art. 67 do Regimento Interno do CARF. A admissibilidade negativa obsta que o recurso seja apreciado no seu mérito.

Recurso Especial do Contribuinte Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do recurso especial, por falta de prequestionamento. Vencida a Conselheira Maria Teresa Martínez López, que conhecia do recurso. A Conselheira Nanci Gama votou pelas conclusões.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Gileno Gurjão Barreto, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Leonardo Siade Manzan, Nayra Bastos Manatta, Maria Teresa Martínez López e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do julgamento de primeira instância.

Contra a interessada foi lavrado o auto de infração de fls. 4/11 com exigência de crédito tributário no valor de R\$409.104,83 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juro de mora e multa proporcional de 75% por insuficiência de recolhimento para os períodos relacionados na fl. 8.

A autuação deveu-se, de acordo com a Fiscalização, pela diferença apurada entre o valor apurado em auditoria a partir da análise da escrituração contábil e o declarado em DCTF, conforme detalhado na Planilha de Cálculo de PIS e Cofins à fl. 12.

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do referido auto de infração, conforme a seguir: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807, de 1999, e suas reedições.

Irresignada, tendo sido cientificada em 14/07/2003, a empresa apresentou, tempestivamente, conforme despacho de fl. 401, o arrazoadado de fls. 314/318, acompanhado dos documentos de fls. 319/400, com as suas razões de defesa a seguir reunidas sucintamente.

“Na descrição dos fatos que integra o auto de infração a Fiscalização, com relação à conta 401020004 – Ajuste Diário Credor Corret. (do subgrupo Receitas Financeiras), que se trata dos valores credores diários oriundos de operação de hedge efetuada junto à corretora Hedging – Griffó Corretora de Valores S/A, os quais foram creditados nessa conta e incluídos na base de cálculo das contribuições em questão.

Cita ainda ter conhecimento da existência de valores devedores diários, debitados na conta 301110004 – Ajuste Diário Devedor Corret. (do subgrupo Despesas Financeiras), os quais, no entanto, não foram considerados na composição das bases de cálculo do PIS e da Cofins.”

Em seguida explicita o que vem a ser “operação de hedge”, asseverando que a operação escolhida pela empresa “para suportar a operação de hedge foi de renda variável para futuros na BM&F, de acordo com os extratos mensais enviados pela corretora e incluídos na documentação examinada pela Fiscalização”.

O §1º do art. 10 da IN SRF nº 247, de 2002, prescreve que nas operações realizadas em mercados futuros, considera-se receita bruta o resultado positivo dos ajustes ocorridos no mês. Segundo

a impugnante, tal entendimento já constava das instruções de preenchimento da DIPJ, no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999.

Assegura a autuada que a incidência tributária nos mercados de renda variável sempre teve como base de cálculo os ganhos líquidos auferidos pelo beneficiário (Lei nº 8.981, de 1995).

“Assim é que nos mercados futuros o ganho líquido será o resultado positivo da soma algébrica dos ajustes diários ocorridos em cada mês (Lei nº 7.799, de 1989, §2º, “c”) e Lei nº 8.541, de 1992, art. 29, §2º, “d”).

Portanto, fica absolutamente clara a conclusão de que a Fiscalização incorreu em erro ao não considerar, em sua planilha elaborada para determinação das bases de cálculo das contribuições, os valores devedores diários...

Ainda, no levantamento fiscal há um erro de valor referente ao ajuste credor no mês de setembro de 1999, onde tomou-se como ajuste credor o saldo acumulado de R\$841.190,68, ao invés de considerar-se o valor correto de R\$444.286,20 correspondente ao ajuste credor do mês, conforme pode ser verificado nos balancetes e extrato do razão das contas.”

Por fim anexa nova planilha às fls. 339/340, solicitando que a mesma seja considerada “para a correta determinação das bases de cálculo das contribuições exigidas, reduzindo-se assim o montante do crédito tributário constituído nos autos de infração impugnados”.

lide: A Turma julgadora de primeira instância assim delimitou a matéria posta em

Especificamente quanto à questão referente ao mês de setembro de 1999, em que a querelante argui erro da Fiscalização no ajuste credor, tendo sido trocado pelo saldo acumulado de R\$841.190,68, há que se dar procedência à sua alegação, conforme se comprova pela documentação de fls. 58, 367 e 385. Logo, o valor correto a se considerar é R\$444.286,20.

Insta esclarecer que a contribuinte discorda, além da questão esclarecida no parágrafo anterior, dos “valores decorrentes de ganhos sobre a operação a Termo – Hedge” (fl. 315). Assim sendo, sobre os demais valores que compuseram a base de cálculo, não houve questionamento (vide fl. 318), tendo sido inclusive elaborada nova planilha nesse sentido (fls. 339/340).

termos: A instância a quo julgou o lançamento procedente em parte nos seguintes

*Ante o exposto, voto no sentido de julgar **procedente em parte, na parte objeto de litígio**, o lançamento consubstanciado no auto de infração para **exigir** da autuada o pagamento da contribuição no valor de **R\$122.502,52**, conforme a **coluna (C)** do quadro*

demonstrativo elaborado neste voto, a ser acrescido da multa de ofício (75%) e do juro de mora.

Inconformada com a decisão parcial, a autuada apresentou recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, onde repisa os mesmos argumentos expendidos na impugnação. Ressalta que o contencioso cinge-se ao questionamento da forma adotada pelo fisco para tributação dos valores decorrentes de ganhos nas operações de hedge, fl. 416.

A Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte delimitou seu julgamento afirmando que ... *a única matéria a tratar diz respeito à base de cálculo do PIS Faturamento e da COFINS, nas operações de hedge realizadas pela recorrente. Conforme os extratos mensais e os avisos de crédito apresentados à fiscalização, não infirmados, trata-se de operações em mercados futuros.*

Julgando o feito, a Câmara *a quo* deu provimento parcial ao recurso, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

COFINS. BASE DE CÁLCULO. PERÍODOS DE APURAÇÃO DE 02/99 A 12/99. HEDGE OPERAÇÕES EM MERCADOS FUTUROS. LEI N° 9.718/98, ART. 3, § 3º RESULTADO POSITIVO DOS AJUSTES DIÁRIOS. Nos termos do § 3º art. 3º da Lei n° 9.718/98, a base de cálculo da COFINS e dos PIS Faturamento, nas operações realizadas em mercados futuros, é o resultado positivo dos ajustes diários ocorridos no mês. Recurso provido em parte.

Contra esse acórdão, o Sujeito Passivo apresentou recurso especial de divergência reclamando pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

O recurso teve seguimento nos termos do despacho nº 3400-545, fl. 489.

A Fazenda Pública apresentou contrarrazões às fls. 492/500.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator

O recurso é tempestivo. Contudo, o sujeito passivo colima discutir matéria que não compôs a lide desde de seu início. Explico:

Consoante noção cediça, a impugnação/manifestação de inconformidade definirá o muro que delimita a lide, pois nela deverá ser mencionada os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que o contribuinte possua.

Na lição do mestre Calamandrei “o processo se desenvolve como uma luta de ações e reações, de ataques e de defesas, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera, depois deles um novo impulso para se pôr, por sua vez em movimento”. Quando um dos indivíduos envolvidos não se movimenta,

por concordar com a pretensão alheia, o objeto da discussão processual perde sentido, sendo imperativo por fim ao processo. Deve-se aplicar o mesmo entendimento para os casos em que a lide contém mais de um capítulo e o sujeito passivo recorre apenas de algum deles. Neste caso o capítulo recorrido segue o rito processual de julgamento, enquanto o não recorrido teve seu fim decretado.

Lembremos que pelo princípio da eventualidade a peça inaugural deve conter todos os fundamentos jurídicos e legais além do pedido em sua plenitude, sob pena da preclusão consumativa. Não é demais ressaltar que, pelo fenômeno da preclusão consumativa, realizado o ato, não será possível pretender tornar a praticá-lo, ou acrescentar –lhe elementos que ficaram de fora e nele deveriam ter sido incluídos, ou retirar os que, inseridos, não deveriam tê-lo sido

A consequência imediata e notória de uma matéria não ventilada na peça inaugural é a impossibilidade de análise pela instância julgadora, o que acarreta a falta de prequestionamento, requisito insuperável de admissibilidade do recurso especial, previsto no parágrafo 3º do art. 67 do Regimento Interno do CARF.

Conforme relatado, o próprio recorrente limitou a lide a discussão da forma adotada pelo fisco para tributação dos valores decorrentes de ganhos nas operações de hedge. Não buscou na exordial o afastamento do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Essa vontade aflorou apenas em sede de recurso especial. Portanto, resta claro e nítido que a matéria é estranha a lide posta nos autos.

Diante destes fatos, e, pela falta do prequestionamento, voto no sentido de não conhecer do recurso especial do Sujeito Passivo.

Gilson Macedo Rosenberg Filho