

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

Processo nº 10680.011665/2006-94
Recurso nº 145.671 De Ofício e Voluntário
Matéria PIS - Auto de Infração
Acórdão nº 201-81.712
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrentes DRJ EM BELO HORIZONTE - MG
Samarco Mineração S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/01/2004

PIS. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO.

Nos termos do art. 175, I, do CTN, decai em 5 (cinco) anos o direito de a Fazenda Nacional constituir, pelo lançamento, crédito tributário do PIS. Súmula Vinculante nº 8, do STF.

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO.

O faturamento (venda de mercadorias e serviços), base de cálculo do PIS definida na Lei nº 9.715, de 1998, corresponde ao produto da atividade econômica do contribuinte, não sendo necessário que a receita seja oriunda de atividade expressamente definida no instrumento constitutivo da pessoa jurídica.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA. REALIZAÇÃO DE CRÉDITO DO ICMS.

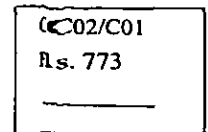
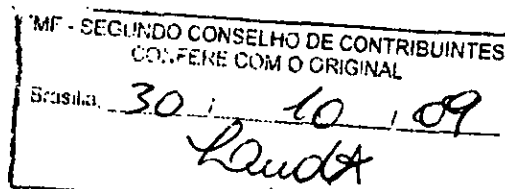
A realização dos créditos do ICMS, por qualquer uma das formas permitidas na legislação do imposto, não se constitui receita e, portanto, o seu valor não integra a base de cálculo do PIS.

CONTRATO EM MOEDA ESTRANGEIRA. VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. RECEITA FINANCEIRA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 10.637/2002.

Por determinação legal (Leis nºs 9.718/98 e 10.637/2002), e para fins de apuração da PIS, considera-se receita financeira a variação cambial ativa apurada na data da liquidação do contrato. No PIS não-cumulativo, a variação cambial passiva equipara-se a despesa financeira.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados



pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

Recursos de ofício negado e voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES: I) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício; e II) em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos seguintes termos: a) pelo voto de qualidade, para reconhecer a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 30/11/2000. Vencidos os Conselheiros Gileno Gurjão Barreto, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Fabiola Cassiano Keramidas e Alexandre Gomes, que reconheciam a decadência para os fatos geradores ocorridos até setembro de 2001; b) por maioria de votos, para excluir da base de cálculo do PIS o valor das transferências de créditos do ICMS, incluído nas demais receitas tributadas pelo PIS, conforme demonstrativo do voto. Vencido o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto, que apresentou declaração de voto e deu provimento parcial, também, para, no período da cumulatividade, excluir as receitas de variações cambiais, mantendo a adição das despesas de variação cambial excluídas, afastar a concomitância com o Judiciário e excluir da base de cálculo as receitas portuárias; e c) por unanimidade de votos, para excluir as receitas do MAE, em razão da Lei nº 9.718/98. Os Conselheiros Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Fabiola Cassiano Keramidas e Alexandre Gomes acompanharam o voto do Conselheiro Gileno Gurjão Barreto. Esteve presente ao julgamento, já tendo feito sustentação oral em 04/09/2008, o advogado da recorrente, Dr. Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho, OAB-MG 41.311.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Walber José da Silva
WALBER JOSÉ DA SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maurício Taveira e Silva e José Antonio Francisco.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 de 09
Laudt

CC02/C01
Fls. 774

Relatório

Contra a empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de PIS relativo a fatos geradores ocorridos entre 07/1999 e 01/2004, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a interessada não pagou, não declarou em DCTF ou pagou, declarou ou depositou a menor o PIS, conforme apuração feita com base na escrituração fiscal/contábil e notas fiscais de vendas.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, cujos argumentos de defesa estão sintetizados no relatório do Acórdão recorrido, que leio em sessão.

A DRJ em Belo Horizonte - MG baixou o processo em diligência para apurar a existência de erros materiais apontados pela autuada (fls. 529/535). Realizada a diligência, ficou comprovada a existência de erros matérias, conforme Termo de Encerramento de Diligência de fl. 587, que a recorrente teve ciência e dele não discordou (fl. 596).

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte - MG manteve parcialmente o lançamento, nos termos do Acórdão nº 02-14.380, para:

- a) rejeitar a preliminar de decadência;
- b) exonerar a recorrente do valor principal de R\$ 985.132,71;
- c) exigir o pagamento de R\$ 838.436,41, não discutidos judicialmente;
- d) declarar definitiva, na esfera administrativa, a exigência fiscal correspondente ao valor de R\$ 4.175.517,44, em virtude de a matéria estar sendo discutida judicialmente (Ação Ordinária nº 1999.38.00.039504-5);
- e) afastar do lançamento os juros de mora incidentes sobre o valor de R\$ 1.634.929,10, em virtude do depósito no montante integral;
- f) declarar definitiva, na esfera administrativa, a exigência fiscal correspondente ao valor de R\$ 1.634.929,10, depositado judicialmente nos autos da Ação Ordinária nº 1999.38.00.039504-5; e
- g) recorrer de ofício do crédito exonerado no item "b".

O referido Acórdão tem a seguinte menta:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/01/2004

O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social - entre elas o PIS - encontra-se fixado em lei.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias

Jou

3

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 10 / 09
Lauda

CC02/C01
Fls. 775

administrativas ou desistência de eventual recurso interposto, tornando-se definitiva a exigência discutida.

O faturamento, base de cálculo do PIS definida na Lei nº 9.715, de 1998, corresponde ao produto da atividade econômica do contribuinte, não sendo necessário que a receita seja oriunda de atividade expressamente definida no instrumento constitutivo da pessoa jurídica.

A imunidade prevista no § 3º do art. 155 da Constituição Federal não impede a cobrança do PIS sobre o faturamento das empresas que realizem atividades relativas à energia elétrica.

A imunidade relativa às receitas decorrentes de exportação não alcança as variações cambiais, que têm natureza de receitas financeiras, devendo, como tal, compor a base de cálculo da contribuição.

Os valores auferidos com a cessão de créditos do ICMS estão sujeitos à incidência da contribuição para o PIS.

As normas reguladoras dos juros de mora que determinam a aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se disciplinadas em lei.

No caso de lançamento de ofício, o autuado está sujeito ao pagamento de multa sobre os valores do tributo devido, nos percentuais definidos na legislação de regência.

Impugnação não Conhecida”.

Ciente da decisão de primeira instância em 10/07/2007, fl. 721, a empresa autuada interpôs recurso voluntário em 07/08/2007, no qual repisa argumentos da impugnação, que abaixo resumo:

1 - em sede de preliminar, alega que:

1.1 - ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário para os fatos geradores ocorridos até o mês de setembro de 2001, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN;

1.2 - ocorreu a incidência de coisa julgada em face de decisão judicial favorável à recorrente, proferida nos autos da Ação Ordinária nº 1999.38.00.014056-7, onde se discute a ampliação da base de cálculo da Cofins, promovida pela Lei nº 9.718/98;

2 - no mérito, alega que:

2.1 - tratou todas as receitas incluídas pela Fiscalização na base de cálculo do PIS como sendo “demais receitas” da Lei nº 9.718/98;

2.2 - as receitas do porto destinam-se a ressarcir custos de operação do porto. É recuperação de custos. Não é faturamento;

Jde

W.F. 4

MF - SEGUNDO CONSELHO DE TRIBUTANTES
CONFÉRENCIA DE RECURSOS
Brasília, 30 de 10 de 09
Lauola

2.3 - a cobrança simbólica de acesso às instalações da recorrente, dentro do Programa Portas Abertas, sequer remunera os custos do programa e não pode ser considerado receita, posto que é uma ação de inclusão social da recorrente;

2.4 - não houve venda de energia elétrica. Houve cessão de energia elétrica, uma permissão de uso, dentro do programa governamental de racionamento de energia. A venda de energia elétrica não é uma atividade fim da recorrente e sobre a receita de venda de energia elétrica não pode incidir PIS, em face de vedação constitucional existente antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 33/2001;

2.5 - a receita de variação cambial tem a mesma natureza (e o mesmo tratamento tributário) da receita de exportação. É uma receita originada em exportações. Não é uma receita financeira;

2.6 - a cessão de crédito de ICMS não se caracteriza como receita, já que não se caracteriza como venda, nem gera aumento do patrimônio líquido. A Fiscalização desconsiderou os deságios;

2.7 - houve erro de fato na DCTF dos períodos de apuração de 03/2001 e 10/2001. O valor correto do PIS é o pago pela recorrente, ou seja, o de março/2001 é R\$ 63.070,74 (e não R\$ 69.070,74, como apurou a Fiscalização), e o de outubro de 2001 é R\$ 31.190,93 (e não R\$ 37.190,93, apurado pela Fiscalização);

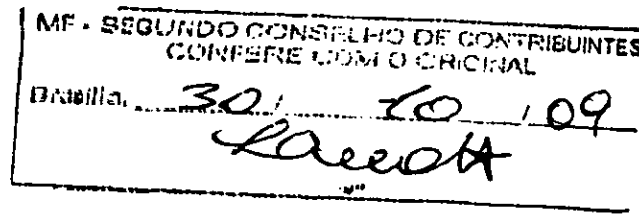
2.8 - o STJ já espancou o uso da taxa Selic para fins tributários. Cita jurisprudência; e

2.9 - é patente o caráter confiscatório de multa de ofício de 75% do valor da exação, caracterizando o confisco, este vedado pela Constituição Federal.

Na forma regimental, o recurso voluntário foi a mim distribuído, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 766.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo. Os recursos, voluntário e de ofício, atendem aos requisitos legais. Deles conheço.

Como relatado, a recorrente impetrou duas ações ordinárias contestando a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98: uma para o PIS e outra para a Cofins. Na do PIS a recorrente vem perdendo e está pendente de julgamento de recurso; na da Cofins a recorrente vem ganhando. Ela postula aplicar ao PIS o resultado da ação da Cofins, que lhe é favorável. Na ação do PIS há autorização para efetuar o depósito da parcela litigiosa. Houve depósitos integrais e parciais e, em alguns meses, não houve depósito.

O lançamento contestado envolve períodos em que a tributação do PIS é cumulativa (até o período de apuração de novembro de 2002) e não-cumulativa (para os fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2002, inclusive).

A Fiscalização considerou como receita tributada pelo PIS, na vigência da Lei nº 9.715/98 (antes das alterações da Lei nº 9.718/98), as receitas auferidas a título de: "Receitas do Porto", "Receitas de Vendas de Energia", "Programa Portas Abertas", "Receita Eventual de Aluguel/Serviços Portuários". As demais receitas acrescidas pela Lei nº 9.718/98 foram segregadas e lançadas com suspensão e sem multa de ofício, quando ocorreu depósito; e exigidas com multa de ofício quando não houve depósito judicial.

Quanto à decadência, entende a recorrente que está decaído o direito de a Fazenda Nacional constituir crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de julho de 1999 a setembro de 2001, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Com razão, em parte, a recorrente.

De plano, há que se afastar a aplicação dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, nos termos da Súmula Vinculante nº 8, do STF, abaixo reproduzida:

"Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário."

Afastada a aplicação dos citados dispositivos legais, a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento é tratada nos arts. 150 e 173 do CTN. O primeiro deles assim prescreve:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa."

WJ

WJ 6

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONT. SERE CONT. ORIGINAL
Brasília, 30 / 10 / 09
Lauel

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Tal norma, ao estabelecer o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, reduziu o limite de atuação do Fisco, estabelecido, de forma genérica, também pelo Código Tributário Nacional, no dispositivo abaixo transcrito:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

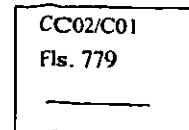
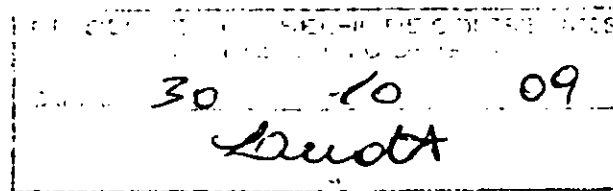
Verifica-se que, ao estabelecer um prazo mais curto para a constituição do crédito tributário, o legislador pressupôs pagamento prévio, o qual daria ao Fisco conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte. Assim, a antecipação do pagamento é condição essencial para haver homologação. Esse é o fato positivo que, uma vez conhecido da administração tributária, move a autoridade a iniciar os eventuais procedimentos, a fim de aferir a satisfação da obrigação principal.

Conclui-se, portanto, que apenas sujeitam-se às normas aplicáveis ao pagamento por homologação os créditos tributários já satisfeitos, ainda que parcialmente, por via do pagamento. Não havendo, portanto, o pagamento a ser homologado pela autoridade, o prazo decadencial passa a ser regido pelas disposições do art. 173 do Código Tributário Nacional.

No presente caso, não houve pagamento antecipado (para os períodos de apuração de julho de 1999 a abril de 2002) e a ciência do lançamento ocorreu no dia 24/10/2006. Aplica-se, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN, e, desta forma, estão decadentes os créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram até o dia 30/11/2000.

Quanto à alegação de que ocorreu a incidência de coisa julgada, entendo que não assiste razão à recorrente.

Jan



A decisão de impetrar duas ações ordinárias contestando a constitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, pela Lei nº 9.718/98, foi da recorrente e cabe a ela arcar com todas as conseqüências.

Os argumentos da recorrente, se fossem procedentes, caberiam como uma luva para o Fisco aplicá-los para exigir o pagamento da Cofins: a União está ganhando na ação ordinária do PIS e poderia aplicar esta decisão para a Cofins, cuja ação está perdendo. Certamente a recorrente não concordaria com a pretensão do Fisco, pelas mesmas razões que o Fisco não concorda com a pretensão da recorrente.

Não é razoável, nem lógico e nem jurídico o pleito da recorrente, como bem assinalou a decisão recorrida. Uma decisão judicial transitada em julgado tem força de lei entre as partes. É de cumprimento obrigatório.

Evidentemente que a decisão que vier a ser proferida, em definitivo, na ação ordinária do PIS será exigido o seu cumprimento pela parte vencedora. É a lógica do Estado de Direito. O crédito tributário exigido nestes autos, com base na Lei nº 9.718/98, tem seu destino definitivamente ligado ao desfecho da ação ordinária impetrada pela recorrente: ou será exigido o seu pagamento ou exonerado o seu pagamento.

Por fim, devo acrescentar que a matéria submetida ao Judiciário pela recorrente, a seu exclusivo talante, prejudica a discussão dentro da seara administrativa, em face da evidente sujeição às eventuais determinações emanadas do Poder Judiciário, restando caracterizada a opção pela via judicial quanto a esse aspecto. Este entendimento é pacífico neste Colegiado, que aprovou a Súmula nº 1 (DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28), abaixo reproduzida:

“Súmula nº 1 - 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.”

Em conclusão, voto no sentido de acolher, em parte, a preliminar de decadência para declarar extintos os débitos relativos aos períodos de apuração ocorridos no período de julho de 1999 a novembro de 2000 e rejeitar a preliminar de incidência de coisa julgada.

Quanto ao mérito, entendo que a recorrente tem, em parte, razão.

Sobre as receitas auferidas com a exploração de serviços no porto, irrelevante se tais receitas são ou não suficientes para cobrir custos operacionais do porto ou se o objeto social da recorrente não é a exploração de serviços portuários. Fato é que ela vendeu estes serviços e a venda de serviços é, indiscutivelmente, faturamento. O mesmo se aplica à venda de energia elétrica e à venda de ingresso para o público acessar as instalações da recorrente. É venda de mercadorias e de serviços e, como tal, é faturamento.

Também não procede a alegação da recorrente de que sobre a receita de venda de energia elétrica não incide o PIS, até a edição da EC nº 33/2001. Concordo que o tema “natureza jurídica do PIS” seja espinhoso e que muitos e respeitados doutrinadores e juristas entendem que o PIS é um tributo. Da minha parte, fico com o art. 145 da CF, que não relaciona as contribuições do art. 149 entre os tributos que podem ser instituídos pela União. Portanto, para a Constituição Federal, PIS tributo não é.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 10 / 09
Lauda

CC02/C01
Fls. 780

Também não assiste razão à recorrente quando afirma que a receita de variação cambial tem a mesma natureza (e deve ter o mesmo tratamento tributário) da receita de exportação, posto que originada em exportações e, portanto, não é uma receita financeira.

É evidente que a receita de variação cambial tem relação com transações externas (de mercadoria, de serviço ou de capital). No entanto, a origem e a natureza das receitas de exportação, por exemplo, e a receita de variação cambial são completamente distintas: aquela origina-se da saída de bens do país e este decorre das oscilações da cotação da moeda nacional em relação à moeda estrangeira, definida pelo mercado e alheio à vontade de qualquer agente econômico privado.

Também não há que se discutir se variação cambial ativa é ou não é receita financeira porque, sendo ou não sendo receita financeira (do ponto de vista econômico), o art. 9º da Lei nº 9.718/98 estabeleceu sua equiparação à receita financeira, inclusive para fins de tributação do PIS:

"Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso." (negritei)

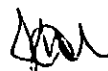
Sobre a alegação de que ocorreu erro material na apuração do PIS dos meses de março e outubro de 2001, à mingua de prova do alegado, não há como acolher a pretensão da recorrente, especialmente porque a mesma tomou ciência do resultado da diligência que apurou os erros de fato cometidos no lançamento original e nada disse e nada provou sobre o referido erro.

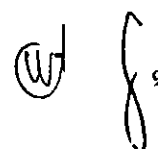
Cabe, ainda, esclarecer que o valor do pagamento do PIS de março de 2001, considerado pela Fiscalização após a realização da diligência, foi R\$ 63.070,74 (fl. 588) e não R\$ 61.070,74, como alega a recorrente.

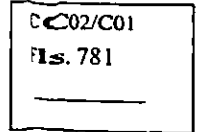
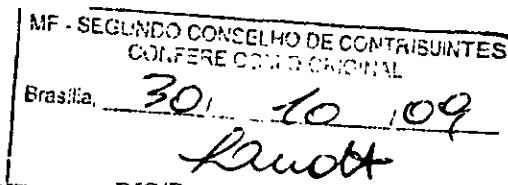
Com relação à inclusão, na base de cálculo do PIS, do valor dos créditos do ICMS, acumulados na aquisição de insumos e não aproveitado na conta gráfica do ICMS, e realizados através de repasse a terceiros, entendo que tem razão a recorrente.

Neste ponto, a lide centra-se na pretensão do Fisco de incluir na base de cálculo do PIS o valor dos créditos de ICMS cedidos (realizados) a terceiros, que considera receita, no que a empresa autuada não concorda porque entende que a realização dos créditos de ICMS, por qualquer das modalidades previstas na legislação específica do imposto, não se constitui em receita, posto que não afeta seu patrimônio.

Transcrevo, abaixo, parte da ementa e dos fundamentos da DECISÃO SRRF/3ªRF/DISIT Nº 47, de 11/12/1998, que são esclarecedores sobre a natureza dos créditos de ICMS escriturados em razão de aquisição de mercadorias, mantidos e não utilizados na conta gráfica e realizados por uma das modalidades previstas pela legislação do ICMS, inclusive transferência a terceiros:







"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep."

Ementa: RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO DO ICMS. INCIDÊNCIA.

O recebimento, em forma de créditos do ICMS, de direitos decorrentes de transações realizadas e escrituradas pela empresa, e a recuperação de créditos do ICMS, mediante qualquer das modalidades previstas na legislação específica, não constituem fato gerador para a Contribuição para o PIS/PASEP.

Dispositivos Legais: Artigos 2º e 3º da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998.

(...)

FUNDAMENTOS LEGAIS

A princípio, cumpre observar que, conforme dispõe o § 3º do artigo 231 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11/1/94 - RIR/94, os impostos não-cumulativos, recuperáveis mediante créditos na escrita fiscal, não integram o custo das mercadorias revendidas e das matérias-primas utilizadas na produção.

Nesse sentido, sendo o ICMS não-cumulativo, os valores pagos na aquisição de matérias primas e mercadorias não integram o respectivo custo, constituem crédito compensável com o que for devido na saída subsequente. Entretanto, ocorrendo a hipótese de não incidência na saída subsequente com manutenção do direito ao crédito, caso das operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados, fica inviabilizada a compensação pela sistemática usual, restando à empresa adotar as formas alternativas de recuperação do crédito disciplinadas pelo artigo 69 do Regulamento do ICMS¹.

Mister se faz ressaltar que a recuperação de créditos do ICMS, escriturados em conta patrimonial representativa de direitos a recuperar, mediante qualquer das modalidades previstas na legislação de regência, constitui fato administrativo permutativo, uma vez que apenas modifica a composição dos bens e direitos integrados ao patrimônio, não altera a situação líquida da empresa. Da mesma forma, não altera o patrimônio líquido, o recebimento, em forma de créditos do ICMS, de direitos decorrentes de transações realizadas pela empresa, devidamente contabilizadas e computadas no resultado do exercício, por tratar-se de fato administrativo permutativo."

Não tenho dúvida de que a realização dos créditos do ICMS, por qualquer uma das formas permitidas na legislação do imposto, não se constitui receita e, portanto, o seu valor não pode integrar a base de cálculo do PIS a que se referem os arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 e 1º da Lei nº 10.637/2002.

Portanto, deve ser excluído da base de cálculo do PIS o valor das transferências de créditos do ICMS, incluído nas demais receitas tributadas pelo PIS, conforme demonstrativos de fls. 61/67, nos seguintes valores:

¹ Regulamento do ICMS do Estado do Ceará.

Rauott

Brasília, 30 / 10 / 09

Quota

Valores em Reais

MÊS	AC 2000	AC 2001	AC 2002	AC 2003
Janeiro		6.000.000,00	2.820.000,00	
Fevereiro		6.000.000,00	1.698.000,00	2.800.000,00
Março		3.000.000,00	3.325.500,00	2.089.620,00
Abril			8.146.164,00	
Mai			6.633.511,00	904.280,00
Junho			6.378.650,00	768.920,00
Julho			526.350,00	1.128.000,00
Agosto	8.800.000,00		365.400,00	1.078.180,00
Setembro	2.500.000,00		234.900,00	1.033.060,00
Outubro	2.500.000,00		1.334.000,00	
Novembro	5.500.000,00		901.600,00	
Dezembro	5.000.000,00	9.087.485,80		

OBS.: No mês de janeiro de 2004 não houve transferência de crédito de ICMS.

Com relação à utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, este Segundo Conselho de Contribuinte firmou entendimento de que a mesma é cabível, a teor da Súmula nº 3, aprovada em Sessão Plenária do dia 18/09/2007 (DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28), abaixo reproduzida:

“Súmula nº 3 - É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.”

Com relação ao percentual da multa de ofício lançada, não cabe à autoridade administrativa conhecer as alegações relativas ao seu caráter confiscatório, por absoluta falta de competência, a teor dos arts. 97 e 102 da CF/88. Os juízos quanto aos princípios do não-confisco tributário e da proporcionalidade da reprimenda em relação à falta têm como destinatário imediato o legislador ordinário e não a autoridade administrativa. Estando o percentual da multa fixado em lei, cabe à Administração apenas velar pelo seu fiel cumprimento. No caso em tela, a multa de ofício aplicada foi a prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96².

Quanto ao recurso de ofício, não vejo reparos a fazer na decisão recorrida, que excluiu da base de cálculo do PIS valores indevidamente incluídos pela Fiscalização, reconhecidos em diligência realizada pela Própria Fiscalização.

No mais, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999³, adoto os fundamentos do Acórdão de primeira instância.

Por tais razões, que reputo suficientes ao deslinde, ainda que outras tenham sido alinhadas, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial

² “Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

¹ - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).”

³ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

Processo nº 10680.011665/2006-94
Acórdão n.º 201-81.712

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM: O ORIGINAL
Brasília, 30 / 10 / 09
Lauota

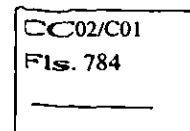
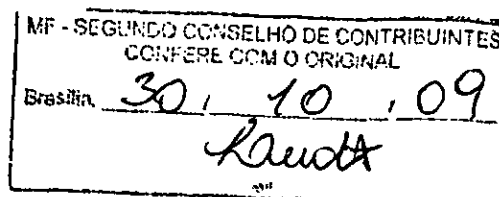
CC02/C01
Fls. 783

ao recurso voluntário para declarar extintos por decadência os débitos dos períodos de apuração ocorridos até novembro de 2000, inclusive; e para excluir da base de cálculo do PIS o valor dos créditos de ICMS transferidos a terceiros, conforme demonstrativo constante do corpo deste voto.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009.


WALBER JOSÉ DA SILVA





Declaração de Voto

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO

A contribuinte requer, em suma: i) o reconhecimento de decadência do crédito tributário referente a fatos geradores ocorridos antes de outubro de 2001, em cumprimento do art. 150, § 4º, do CTN; ii) a aplicação da decisão proferida no Processo nº 1999.38.00.014056-7, que declarou, favoravelmente à contribuinte, a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98; e iii) em atenção ao princípio da eventualidade, caso se entenda pelo cabimento do crédito tributário guereado, que a multa imposta seja reduzida a patamares compatíveis com a infração, com a aplicação do art. 112 do CTN, no que couber.

Os recursos são tempestivos, sendo cabível sua apreciação.

1. Recurso de Ofício

Quanto o recurso de ofício, nada a reparar, voto no sentido de negá-lo provimento.

2. Recurso Voluntário

2.1. Tributação sob o regime cumulativo - períodos de apuração de julho de 1999 a novembro de 2002

2.1.1. Da decadência

No que diz respeito às contribuições para o PIS sob o regime da cumulatividade - períodos de apuração de julho de 1999 a novembro de 2002 -, tendo sido o dia 15 de dezembro de 2005 a data de ciência da contribuinte a respeito do início da fiscalização (cf. mandado de fl. 3) e tendo ocorrido pagamento parcial do crédito tributário, deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN, operando-se a decadência até novembro de 2000. Voto, pois, no sentido de prover o recurso voluntário quanto a tanto.

2.2 Da exclusão dos valores de transferência de créditos de ICMS na base de cálculo do PIS cumulativo

É sabido que nas operações de venda de mercadorias, quando da emissão da nota fiscal, destaca-se o ICMS devido e lança-se em conta de passivo exigível. Por sua vez, em obediência ao princípio da não-cumulatividade, a contribuinte toma créditos dos valores utilizados em etapas anteriores da cadeia produtiva. Quando o saldo de créditos supera o de débitos, a contribuinte apura saldo de ICMS a Recuperar para ser compensado com débitos do imposto em períodos posteriores.

No entanto, previu o legislador hipótese de transferência de créditos acumulados de ICMS para outra pessoa jurídica - em especial quando o contribuinte não encontra meios para realizar seu saldo de créditos -, desde que atendidas as condições constantes no Regulamento do ICMS do Estado-Membro em questão. Assim, até por ser o ICMS um tributo

[Assinatura]

[Assinatura]

MP - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 30 / 10 / 09
Lauda

CC02/C01
Fls. 785

estadual, inexistindo previsão legal para compensação deste com tributos federais, a contribuinte ora recorrente transferiu créditos de ICMS para seus fornecedores, em operação denominada cessão de créditos.

Assim, em verdade, tal operação não transitou em contas de resultado e nem representa ingresso de receita para a contribuinte, senão mera operação patrimonial, utilizando-se de créditos de ICMS registrados em seu Ativo como meio de pagamento para com seus fornecedores, em virtude do princípio da livre convenção entre as partes, basilar do Direito Comercial, para satisfazer sua obrigação para com seus fornecedores, mediante dação em pagamento, na figura de cessão de créditos.

Quanto a este tocante, vê-se que se trata de operação meramente patrimonial, não repercutindo em lançamento à conta de resultado.

Ora, apenas se houvesse algum incremento nesta operação (ágio) é que se poderia cogitar em receita, ou existência de ganhos para a contribuinte, e se discutir a eventual incidência de PIS sobre este hipotético ganho. No entanto, não é esta a hipótese dos autos, razão pela qual entendo não subsistir hipótese de incidência para a tributação dos referidos valores pelo PIS e Cofins.

Posicionamento dessa Câmara no Recurso Voluntário nº 130.415, Acórdão nº 201-79.963.

Nesse aspecto, também dou provimento à pretensão da contribuinte.

2.3 Da não caracterização da variação cambial como receita tributável

O regime de caixa é a regra para a contabilização da variação cambial. Entretanto, no caso em apreço, a contribuinte optou pelo regime de competência, conforme explicitado pelo auditor-fiscal à fl. 31.

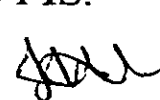
Em princípio, tratando-se da apuração da variação cambial pelo regime de competência, deveriam os valores integrar a base de cálculo do PIS, a teor do § 1º do art. 30 da MP nº 2.158-35/2001, cuja origem remonta à MP nº 1.858.

Porém, no caso presente, ainda que se trate da apuração pelo regime de competência, a variação cambial se enquadra como “Outra Receita”, de sorte que a norma aplicável é a do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, frente à qual a contribuinte obteve decisão, transitada em julgado, declarando a inconstitucionalidade (acórdão proferido no RE nº 446.280, publicado em 12/12/2005, relatora a Ministra Ellen Gracie, trânsito em julgado em 13/2/2006).

Nesses termos, dou provimento ao recurso voluntário para determinar a exclusão dos valores referentes à variação cambial da base de cálculo da contribuição para o PIS.

2.4 Da não caracterização da receita portuária como receita tributável

Igualmente, a receita portuária caracteriza-se como “outra receita da atividade”, sob a égide da Lei nº 9.718/99. Assim, pelas mesmas razões aduzidas a respeito da não-tributação da variação cambial, também dou provimento ao recurso para determinar a exclusão dos valores referentes à receita portuária da base de cálculo do PIS.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 10 / 09
Luiza

CC02/C01
Fls. 786

2.5 Da não caracterização das receitas com vendas de energia como receita tributável

Em 1998, em decorrência da escassez e da contenção de energia elétrica relacionadas ao “apagão”, foi concebido, no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, regulamentado pelo Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, o Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, do qual participariam as usinas hidrelétricas e algumas usinas termelétricas que tivessem direito legal à cobertura dos custos de combustíveis pela CCC, despachadas centralizadamente, com o objetivo de compartilhar, entre elas, os riscos hidrológicos.

Em sede do MAE e do MRE foi estabelecido um regime especial de tributação em relação ao PIS e à Cofins de que tratou o art. 32 da MP nº 66/2002, com vigência imediata a partir de 31/8/2002. O § 5º desse artigo determinou que as geradoras de energia elétrica optantes pelo regime especial de tributação poderiam excluir da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins o valor da receita auferida com a venda compulsória de energia elétrica por meio do MRE.

A contribuinte não fez prova de ser optante pelo regime especial de tributação e, portanto, não pode se beneficiar da norma constante do § 5º referido. Entretanto, a contribuinte é **autoprodutora** de energia e transacionou no MRE, em cumprimento do art. 16, *caput*, § 1º, da MP nº 2.198/2001, *verbis*:

“Art. 16. Os consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo B constante do inciso XXIII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.

§ 1º Caso o consumo mensal seja inferior à meta fixada na forma do caput, o saldo em kWh, a critério do consumidor, será acumulado para eventual uso futuro ou a distribuidora poderá adquirir a parcela inferior à meta, através de mecanismo de leilões na forma a ser regulamentada pela GCE.”

Prova de que essa receita é eventual encontra-se na Lei nº 9.427/96:

“Art. 26. Depende de autorização da ANEEL:

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).

II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).

III - a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação dos respectivos sistemas de transmissão associados; (Inciso dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SECRETARIA DO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
COPIA EM DUPLICAÇÃO ORIGINAL
Brasil, 30 de 10 de 09
Lauda

002/001
fls. 787

IV - a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica. (Inciso dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98)."

2003/1996: E trata-se seguramente de autoprodutora, *ex-vi* do art. 2º do Decreto nº

"Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco;

II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo."

E, finalmente, que:

"Art. 14. A operação energética das centrais geradoras de produtor independente e de autoprodutor poderá ser feita na modalidade integrada ou não integrada.

1º Considera-se operação integrada ao sistema aquela em que as regras operativas buscam assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes e futuros.

2º Sempre que a central geradora, em função de sua capacidade e da sua localização, interferir significativamente na operação do sistema elétrico, o contrato de concessão ou o ato autorizativo disporá sobre a necessidade de sua operação integrada, de acordo com os critérios e as regras de otimização do respectivo sistema, sujeita aos ônus e benefícios decorrentes.

3º A operação da central geradora integrada será determinada com base nos estudos realizados pelos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema elétrico.

4º Fica assegurado ao produtor independente e ao autoprodutor, que operem na modalidade integrada, o recebimento de energia do sistema, de modo a garantir o cumprimento de seus contratos de fornecimento, nos casos em que for determinada a redução do despacho de suas usinas pelos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema.

5º As usinas termelétricas destinadas a autoprodução operarão na modalidade não integrada, podendo ser interligadas ao sistema elétrico."

Caso da contribuinte.

Assim, as receitas decorrentes da venda compulsória de energia elétrica realizadas por meio do MRE nos períodos de apuração ora analisados constituem "outras receitas" da contribuinte e não são tributáveis, em razão do trânsito em julgado da decisão retromencionada, que, favoravelmente à contribuinte, declarou a inconstitucionalidade do § 1º

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

MF - SECRETARIA DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
ESTABELECE O CÁLCULO
Brasília, 30 10 09
Laudt

02/C01
fls. 788

do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Dessa forma, dou provimento ao recurso para determinar a exclusão dos valores referentes à receita de venda de energia elétrica da base de cálculo do PIS.

3. Da tributação sob o regime não-cumulativo - períodos de apuração de dezembro de 2002 a janeiro de 2004

3.1 Da exclusão dos valores de transferência de créditos de ICMS na base de cálculo do PIS não-cumulativo

Conforme evidenciado, quando se tratou da contribuição para o PIS sob o regime cumulativo, a aquisição, a cessão e a baixa de créditos de ICMS não representam ingresso de receita para a contribuinte, senão mera operação patrimonial, utilizando-se de créditos de ICMS registrados em seu Ativo como meio de pagamento para com seus fornecedores. Apenas se houvesse algum incremento patrimonial nesta operação (ágio) é que se poderia cogitar de receita ou de existência de ganhos para a contribuinte, para então discutir a eventual incidência de PIS sobre esse hipotético ganho. No entanto, não é essa a hipótese dos autos, razão pela qual entendo não subsistir hipótese de incidência para a tributação dos referidos valores pelo PIS não-cumulativo.

3.2 Da variação cambial

Conforme previamente exposto, a contribuinte optou pelo regime de competência para a apuração da variação cambial.

Tratando-se da apuração da variação cambial pelo regime de competência, deveriam os valores integrar a base de cálculo do PIS, a teor do § 1º do art. 30 da MP nº 2.158-35/2001, cuja origem remonta à MP nº 1.858:

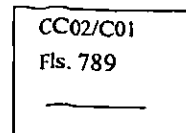
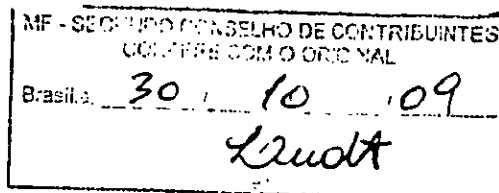
"Art. 30. A partir de 1º de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.

§ 1º À opção da pessoa jurídica, as variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de todos os tributos e contribuições referidos no caput deste artigo, segundo o regime de competência."

Dessa forma, no que se refere aos períodos de apuração nos quais vigente para a contribuinte o regime não-cumulativo do PIS, é cabível a incidência do tributo sobre a variação patrimonial, em face da norma do § 1º do art. 30 da MP nº 2.158-35/2001 e da opção pela apuração pelo regime de competência. Eventuais variações cambiais passivas serão objeto de crédito, de acordo com a legislação de regência do imposto, porquanto haja previsão legal, mormente sob as égides das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, antes da edição da Lei nº 10.865/2004, que eliminou essa incidência a partir de 1º de agosto de 2004. Entrementes, o auto de infração não ultrapassou essa data, portanto, nego provimento ao recurso da contribuinte nesse tocante.

Laudt

8



3.3 Da receita portuária

Os valores referentes a receita portuária constituem “outras receitas” da contribuinte, mas deve-se observar que são valores já tributados pelo art. 3º da Lei 10.637/2002, constitucionalizado pela EC nº 20/98. Como a contribuinte não logrou demonstrar que os valores referentes a receita portuária se referem a recuperação de custos, não há o que reparar em relação à incidência tributária sobre tal montante. Caso tivesse sido evidenciado factualmente tratar-se de recuperação, mereceria a questão tratamento diverso.

Isso poderia acontecer caso a contribuinte demonstrasse que os custos de operação desse porto excedesse as receitas obtidas junto a outros usuários, entretanto, dadas as informações apresentadas nos autos, não nos resta outra alternativa senão negar provimento ao recurso, nesta parte, tendo por escorreita a incidência de tributo sobre a receita portuária nos períodos de apuração de 12/2002 a 1/2004.

3.4 Das receitas com venda de energia

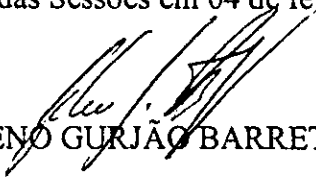
Em relação às receitas com venda de energia a terceiros, sob a égide do regime não-cumulativo da tributação pelo PIS, não há óbice à opção da contribuinte pelo regime especial de tributação de que trata o art. 32 da MP nº 66/2002, por caracterizar-se como produtor independente de energia na categoria de “autoprodutor”. Feita a opção, a contribuinte beneficiar-se-ia da exclusão autorizada pelo § 5º do art. 32 supracitado, sendo incabível fazer incidir PIS ou Cofins sobre a receita bruta de venda de energia, senão sobre as diferenças apuradas nas liquidações pela CCEE e pelo ONS, e por alíquotas do regime cumulativo. Entretanto, não tendo sido demonstrada a opção, é cabível a tributação de tais receitas pelo regime não-cumulativo.

4. Conclusão

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício, conforme razões acima aduzidas.

É o voto.

Sala das Sessões em 04 de fevereiro de 2009.


GILENO GURJÃO BARRETO

