



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10909.001469/2005-17
Recurso nº 513.479 Voluntário
Acórdão nº **3302-01.160 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de agosto de 2011
Matéria Cofins - Auto de Infração
Recorrente SIEMENS LTDA. (Sucessora de VA TECH TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/04/2000

COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO.

Existindo pagamentos antecipados, o prazo de decadência do PIS/Pasep é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/08/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/01/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 31/12/2002, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

LEI Nº 9.718/98 (ALARGAMENTO DE BASE DE CÁLCULO). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O recente julgamento de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser ignorado pelo tribunal administrativo, devendo, inclusive, ser reconhecido e aplicado de ofício por qualquer autoridade administrativa a nulidade da norma, sob pena de enriquecimento ilícito.

DESCONTOS INCONDICIONAIS. NATUREZA. PROVA.

Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos. A prova de que se trata de fato de descontos incondicionais, conforme apurado pela Fiscalização com base na escrituração, deve ser apresentada pelo contribuinte na impugnação.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/08/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/01/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 31/12/2002, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO. CLAREZA E CORRESPONDÊNCIA COM A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

O auto de infração deve ser examinado em conjunto às referências nele contidas aos termos lavrados durante a ação fiscal, antes de se considerar que a descrição dos fatos possa ser considerada deficiente, a ponto de eivá-lo de nulidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas (relatora), Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto, que davam provimento ao recurso. Designado o Conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

Fabiola Cassiano Keramidas - Relatora

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Redator designado

EDITADO EM: 23/08/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Alan Fialho Gandra, Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

1. Trata-se de Auto de Infração (fls. 506/512) de COFINS, notificado ao contribuinte em 28/06/05, derivado de supostas diferenças apuradas pelo Fisco entre valores declarados e pagos pelo contribuinte e os valores apurados pela Fiscalização, da análise da contabilidade da empresa. As divergências derivam em sua maioria de receitas financeiras que não teriam sido adequadamente submetidas à tributação pela contribuição – mormente valores derivados de ganhos em contratos de *Swap* e de contrapartidas de variações cambiais, além de valores excluídos da base da contribuição, tratados como descontos incondicionais pela contribuinte, e que, segundo a Fiscalização, teriam natureza diversa (descontos financeiros).

2. O Relatório da Fiscalização (fls. 513/530) é extremamente confuso e faz referência a Termos de Verificação e seus Anexos, que foram também apresentados pela Fiscalização. Na tentativa de melhor compreender o que se passou, trato separadamente dos dois itens do lançamento.

3. O item 001 do lançamento – Falta ou Insuficiência de Recolhimento da COFINS – constitui crédito relativo a diversas competências do ano-calendário de 2002. O agente fiscal indica no Relatório da Fiscalização (item 2, sub item 2.1.1) que, em relação àquele período, constituiu crédito com base em valores derivados de variação cambial, relativas a direitos e obrigações da Recorrente, em razão de divergência quanto à opção pelo regime de tributação aplicado pela Recorrente. No entendimento da Fiscalização porque o contribuinte optou pelo regime de competência para fins de IRPJ/CSSL, então também deveria tê-lo feito em relação à apuração do PIS/COFINS (TVF – fls. 517). Ao tributar os valores, em relação às contribuições, pelo regime de caixa, a Recorrente teria incorrido em erro, de acordo com a interpretação do agente fiscal.

4. Ainda no Termo de Verificação nº 001 o agente fiscal faz referência à ilegal exclusão de valores da base da contribuição, relativa a descontos incondicionais concedidos pela Recorrente, pois o agente fiscal não concorda com tal caracterização. A menção ao fato é bastante superficial, e não está claramente descrita nos Anexos (cálculos) apresentados em conjunto com referido termo (fls. 515), *verbis*:

“Nas bases de cálculo apuradas na contabilidade não estão incluídas as receitas decorrentes dos ganhos auferidos com a alienação de bens do ativo permanente. Já os valores contabilizados a título de descontos e abatimentos sobre vendas, não se referiam, efetivamente, a descontos incondicionais concedidos no ato das vendas, e assim, foram desconsiderados para fins de dedução da base de cálculo da COFINS.”

5. Em relação ao item 002 do Auto de Infração – que constituiu créditos em relação à competências dos anos-calendário de 2000, 2001 e 2003 -, o fundamento da autuação seria a suposta divergência apurada pela fiscalização, entre os valores escriturados e aqueles declarados/pagos pela Recorrente (contabilidade x DCTF's). Consta no TVF (fls. 529) que a motivação do lançamento, em especial para as competências do ano de 2003, reside no fato de a Recorrente ter adotado o regime de competência para reconhecimento das variações cambiais de suas obrigações, em

relação ao IRPJ e à CSLL, e em relação ao PIS e à COFINS ter adotado o regime de caixa, para reconhecimento dos valores em questão, *verbis*:

“Assim, tudo indicou que o Contribuinte, optou, para fins tributários, por reconhecer as receitas financeiras decorrentes das contrapartidas das variações cambiais ativas, no momento da sua liquidação, ou seja, pelo regime de caixa.

Entretanto, o mesmo critério não foi utilizado para fins de tributação do IRPJ e da CSLL, tanto que, como exemplo, as receitas de variação cambial de Finimpi (fls.432/497) foram reconhecidas pelo regime de competência para fins de tributação do IRPJ e da CSLL do ano-calendário de 2003.”

6. No Termo de Verificação Fiscal 002 – referenciado no Relatório da Fiscalização, como documento onde consta a motivação deste ponto do lançamento (item 002 do AI) – o agente fiscal trata ainda, de modo bastante superficial, da glosa das exclusões de descontos incondicionais, concedidos pela Recorrente (fls. 80), *verbis*:

“Por outro lado, os históricos constantes dos próprios registros contábeis dos anos de 2000 e 2001, permitiram à Fiscalização verificar, através dos lançamentos efetuados nos livros Diário e Razão, quais os tipos de fatos patrimoniais que foram registrados nas respectivas contas, e, assim, interpretá-los de acordo com a legislação tributária pertinente a cada imposto e contribuição social.

Desse modo, verificou-se que a maior parte dos valores registrados pelo contribuinte nas contas representativas de “descontos e abatimentos sobre vendas”, trataram-se de descontos financeiros e glosas de valores, e, não de “descontos incondicionais” concedidos no ato da venda, ou, a grosso modo, desconto concedido na própria nota fiscal.”

7. Da análise dos autos constata-se que são apenas estas as informações apresentadas pelo agente fiscal acerca da glosa das exclusões realizadas pelo contribuinte – relativas aos descontos incondicionais concedidos. Além de poucas e superficiais, nos autos não constam de forma clara os valores relativos a estes descontos que foram desconsiderados e, portanto, compuseram a base do lançamento.

8. Vale destacar, ainda, que apenas no Termo de Verificação Fiscal nº 02 (fls. 79/81) há referência à glosa da exclusão de descontos incondicionais e que apenas o item 002 do Auto de Infração faz referência ao referido Termo. Logo, muito embora o agente fiscal não tenha sido claro, só é possível concluir que tais glosas constam do item 002 do lançamento. A referência ao Anexo A (fls. 82/88) do Termo de Verificação Fiscal nº 02, também não colabora na solução deste mistério, pois referido Anexo também é extremamente confuso, sem indicação conclusiva de eventuais valores glosados em razão da desconsideração de descontos incondicionais.

9. Portanto, parece-me que o lançamento pode ser assim sintetizado:

- Item 001 (Relatório Fiscal item 2.1.1 – fls. 514/527): relativo a competências do ano-calendário de 2000 e cuja base de cálculo é composta

por (i) ganhos em operações de swap, que não teriam sido adequadamente submetidos à tributação pela contribuição; e (ii) descontos incondicionais que foram desconsiderados pelo agente fiscal, sem que no entanto haja uma justificativa clara para tal desconsideração, tampouco qualquer documento que permita identificar a motivação da glosa.

- Item 002 (Relatório Fiscal item 2.1.2 – fls. 527/529): relativo a competências dos anos-calendários de 2000, 2001 e 2003, e cuja base de cálculo é composta por (i) receitas de variação cambial, do ano de 2003, que foram reconhecidas pela Recorrente no regime de caixa, com o qual o Fisco discorda, e submeteu à tributação pelo regime de competência (por entender que, tendo a Recorrente escolhido tal regime para a apuração do IRPJ/CSLL também deveria tê-lo aplicado à apuração do PIS e da COFINS); e (ii) glosa de descontos incondicionais, que foram excluídos da base da contribuição pela Recorrente e que a fiscalização entendeu que não se classificariam como descontos incondicionais (sem, contudo, esclarecer o porque da discordância, tampouco anexando notas fiscais ou quaisquer outros documentos que nos permitisse compreender o porque da desconsideração).

10. A Recorrente apresentou tempestivamente sua Impugnação (fls. 532/565), alegando em síntese que:

- (i) Operou-se a decadência quanto ao período de abril de 2000;
- (ii) É ilegítima a cobrança da COFINS sobre receitas financeiras com fulcro na Lei nº 9.718/98, pois referida lei é inconstitucional;
- (iii) Em relação às variações cambiais ativas também é ilegítima a cobrança, pois não existe dispositivo legal que determine a adoção de mesmo regime de tributação para PIS, COFINS, IRPJ e CSLL, bem como não podem ser tributadas antes da liquidação das obrigações (regime de competência cuja aplicação é pretendida pelo Fisco);
- (iv) Os ganhos decorrentes de operações de hedge na operação de swap, também não podem ser tributados antes da liquidação da obrigação; e
- (v) A aplicação da Taxa SELIC é ilegítima.

11. Ao apreciar a Impugnação do contribuinte a DRJ julgou-a parcialmente procedente (fls. 629/656), apenas para reconhecer a decadência do período de abril/2000, mantendo o restante do lançamento, em decisão assim ementada:

“DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. COFINS.

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS é um tributo, em regra, sujeito a lançamento por homologação. Em caso de pagamento do tributo, ainda que parcial, e não ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial rege-se pela norma contida no art. 150, § 4º, do CTN.

DESCONTOS INCONDICIONAIS.

Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos.

BASE DE CÁLCULO.

A partir da vigência da Lei nº9.718, de 27/11/1998, a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DECISÕES JUDICIAIS.

A Lei nº 9.718/1998 constitui norma legal regularmente editada segundo o processo legislativo estabelecido, tem presunção de legitimidade, vigorando até sua retirada do ordenamento jurídico brasileiro; decisões do Poder Judiciário acerca do alargamento da base de cálculo da COFINS, proferidas incidentalmente, beneficiam apenas as partes das respectivas ações.

ARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE COMPETÊNCIA.

As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira compõem a base de cálculo da COFINS e, se tributadas pelo regime de competência, conforme opção do contribuinte, devem ser reconhecidas a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

APLICAÇÕES FINANCEIRAS. RENDA VARIÁVEL. OPERAÇÕES DE SWAP. GANHOS. CONTABILIZAÇÃO. RECEITAS.

Os ganhos relativos às operações de swap, percebidos pela pessoa jurídica, no momento da liquidação destas operações, devem ser reconhecidos e registrados na contabilidade como receitas e não em contas patrimoniais, ficando, assim, sujeitos, integralmente, à incidência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS em conformidade com o regime de competência.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à esfera administrativa a análise de questões que versem sobre a legalidade ou constitucionalidade de norma legal regularmente editada.

AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Inexiste cerceamento do direito de defesa, quando se constata que o auto de infração e seus anexos descrevem claramente as irregularidades apuradas no procedimento fiscal, permitindo, assim, ao sujeito passivo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Lançamento procedente em parte.”

12. Intimada da decisão a Recorrente apresentou tempestivamente seu Recurso Voluntário (fls. 662/684), no qual, em relação ao item 01 da Autuação – TVF 01, que trata da constituição de crédito de COFINS sobre variações monetárias ativas e supostos “ganhos” em operações de *hedge* - noticia ter ocorrido o trânsito em julgado de decisão favorável em mandado de segurança por ela interposto, visando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, no que se refere ao alargamento da base de cálculo da contribuição, para incluir as receitas financeiras (“totalidade de receitas”). Neste sentido, ressalta ter havido perda do objeto da discussão administrativa, sendo imperioso o cancelamento do Auto de Infração neste ponto.

13. Em relação ao item 02 da Autuação – TVF 02, que trata do crédito constituído em razão da glosa dos descontos concedidos pela Recorrente, contabilizados na conta de “Descontos e abatimentos sobre vendas” – a Recorrente afirma que há nulidade do lançamento. Em primeiro lugar porque há divergência de informações entre o Termo de Verificação Fiscal 002 e o Relatório da Fiscalização (que fundamenta o AI), pois o primeiro afirma que a Fiscalização teria constatado que parte dos valores contabilizados naquela conta não poderiam ser excluídos da base da contribuição porque não correspondiam a descontos incondicionais. Por outro lado, o Relatório da Fiscalização determinou que a totalidade dos valores indicados na referida conta fossem desconsiderada (determinando, por conseguinte, a inclusão de todos eles na base de cálculo da contribuição).

14. Afirma, ainda, que o lançamento é nulo porque não há indicação clara da razão que levou a Fiscalização a promover a glosa de todos os valores indicados na conta de “Descontos e abatimentos sobre vendas”. Vale dizer, a Fiscalização não apresentou a razão que a levou a desconsiderar a natureza dos descontos incondicionais concedidos, limitando-se a apontar dispositivos que determinam a exclusão da base da contribuição dos descontos incondicionais.

15. Vieram-me, então, os autos para decidir.

16. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Quanto ao período de abril de 2000, ocorreu a decadência.

Tratando-se de diferenças apuradas entre os valores escriturados e os recolhidos, a regra de decadência a ser aplicada é a do art. 150, § 4º, do CTN, à vista da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, declarada pelo Supremo Tribunal Federal e objeto da Súmula Vinculante nº 8.

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento, como demonstra a ementa abaixo reproduzida (REsp 512840 / SP; Relatora: Ministra Eliana Calmon; DJ 23.05.2005 p. 194):

TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN).

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CNT).

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais.

4. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.

5. Recurso especial provido.

Portanto, tendo sido o auto de infração lavrado em junho de 2005, o período de abril de 2000, que é anterior a junho de 2000, restou decaído.

No mérito, inicialmente cumpre ressaltar que durante todo o período objeto da autuação, em relação à COFINS, vigia a Lei nº 9.718/98.

Assim, a constituição do crédito tributário relacionada às operações e ganhos financeiros – variações cambiais ativas e “ganhos” em operações de swap/hedge – seja no item 001, seja no item 002 da autuação, não pode prosperar. Assiste razão à Recorrente, no que tange à ilegalidade do lançamento, visto que integralmente fundamentado em dispositivo da Lei nº 9.718/98, que já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como reconhecido individualmente a seu favor, em decisão judicial transitada em julgado que lhe favorece.

Neste sentido, esta Turma e este Conselho já se manifestaram por diversas vezes, reconhecendo a ilegalidade da tributação de receitas financeiras, com base no alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, perpetrado pela Lei nº 9.718/98.

A este respeito, destaco trecho de voto que proferi, nos autos do Processo Administrativo nº 10675.003086/2004-85, *verbis*:

“E, no que se refere à Lei nº 9.718/98, claro está que a principal matéria de mérito refere-se à constitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e COFINS.

De acordo com o Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, as matérias já definitivamente julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, podem ser conhecidas pelos tribunais administrativos, mesmo que sejam matéria de ordem constitucional.

Neste sentido, é de domínio público que “ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal, redação esta anterior a EC nº 20/98” (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/06, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 16/06/06, pág. 17 EMENT VOL-02237-03 PP-00481; Ac. da 1ª Turma do STF nos Emb. Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52 EMENT VOL-02238-03 PP-00428; Ac. da 1ª Turma nos Emb. Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, EMENT VOL-02238-03 PP-00538).

Parafraseando o Conselheiro Fernando Lobo D’Eça, que inicialmente trouxe, a esta Câmara, o entendimento da possibilidade de aplicação pelos tribunais administrativos de decisão do pleno do STF, cito:

*“Por seu turno, analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o E. STJ recentemente esclareceu que “a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito” e, “**embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ** (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).*

Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no RESP nº

828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/06, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, publ. in DJU de 15/05/06, pág. 186)

*Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (art. 150, inc. I da CF/88; arts. 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que **ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais** (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às base de cálculos do COFINS e PIS/PASEP adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.” (destaquei)*

Logo, forço concluir que o lançamento sob análise não pode prosperar.

Isto porque o presente auto de infração tem como fundamento a o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº 9.718/98, pois entendeu a autoridade fiscal que os valores recebidos a título de subvenção são consideradas receitas e, assim, tributáveis pela contribuição ao PIS.

Todavia, a ampliação da referida base de cálculo, pretendida por citada norma, ao alargar o conceito de faturamento, já foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a norma (o fundamento) inconstitucional vicia por completo a autuação. Estando este Conselho obrigado a observar as decisões definitivamente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, alternativa não há, senão declarar a insubsistência do lançamento ora analisado.”

Assim, de se determinar o cancelamento do auto de infração, no que se refere aos créditos constituídos sobre variações cambiais ativas e “ganhos” da Recorrente em operações de *hedge* e *swap*, pois se tratam de receitas financeiras, cuja tributação pela COFINS, fundamentada na Lei nº 9.718/98 foi considerada inconstitucional, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, como por decisão (transitada em julgado) obtida individualmente pela Recorrente.

No que se refere a valores que foram constituídos com base na desconsideração da natureza de descontos incondicionais concedidos pela Recorrente, entendo que o agente fiscal não desempenhou adequadamente sua função. A motivação do lançamento é superficial e não foram apresentados nos autos elementos suficientes a esclarecê-la ou demonstrar as alegações apresentadas quanto à inadequação da caracterização dos descontos concedidos como sendo incondicionais.

A menção simplória ao fato de que “tratam-se de descontos financeiros”, sem maiores esclarecimentos de que tipo de documento ou evidência levaram a tal conclusão invalida a afirmação do agente fiscal. A motivação apresentada não contém mais que cinco linhas e é, no mínimo, rasa e, assim, insubsistente para suportar a glosa pretendida pelo Fisco.

A ausência de quaisquer documentos que pudessem trazer uma luz à que se refere o Fisco para promover a descaracterização dos descontos também conta em desfavor do agente fiscal.

Tanto é superficial o conteúdo do Relatório Fiscal (e respectivos Termos de Verificação) que a DRJ ao tratar da questão limita-se a alegar que a Fiscalização analisou a documentação fiscal do contribuinte e concluiu que os descontos não poderia ser qualificados como incondicionais. Ora, não há motivação clara para tal conclusão. Não há apresentação de nenhum documento que comprove tal justificativa.

Ao contrário, a DRJ apresenta, também, uma conclusão rasa a respeito da questão, simplesmente invertendo o raciocínio, afirmando que, se para caracterizar um desconto como incondicional é necessário que o mesmo tenha sido (a) discriminado em nota fiscal de saída e/ou (b) o fato patrimonial a ele correspondente não pode depender de evento posterior, então esses são os motivos apontados pela Fiscalização para promover a glosa. Ocorre que tal raciocínio não é suficiente. Em primeiro lugar porque, ainda que fosse esse mero raciocínio o fundamento da glosa, deveria estar expresso. E não está. Ademais, deveria o Fisco referir-se com clareza a qual dos dois requisitos não estariam presentes nos descontos concedidos. Ainda, deveria constar dos autos – até para que a Recorrente pudesse se defender adequadamente – que documentos e evidências levaram o agente fiscal a concluir que os descontos não estariam discriminados em nota fiscal ou que fato patrimonial gerou a conclusão de que o desconto dependia de evento posterior.

Finalmente, de se notar que sequer os demonstrativos e Anexos dos Termos de Verificação permitem a conclusão de que valores estão envolvidos nessa questão.

Logo, é evidente que o agente fiscal não foi diligente e não agiu com o devido comprometimento que deve orientar sua função, em especial no que se refere a apresentar clara e consistente motivação para o lançamento. Os dispositivos legais citados, como bem salientou a Recorrente, assim como os demonstrativos, sequer colaboram com o entendimento da questão.

Desta feita, entendo que também em relação aos valores de descontos incondicionais, cuja exclusão da base da contribuição foi glosada, também não pode subsistir o lançamento, por flagrante nulidade, na medida em que a motivação inadequada cerceou o direito de defesa da Recorrente (art. 59, II do Decreto nº 70.235/72).

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nos termos expostos, determinando o cancelamento integral do lançamento, seja em razão da impossibilidade de incidência da contribuição sobre receitas financeiras, em todo o período objeto da autuação, seja porque há flagrante vício no lançamento, por ausência de motivação e conseqüente ofensa ao direito de defesa do contribuinte, em relação ao lançamento que tem por base os valores de descontos incondicionais concedidos pela Recorrente.

(Assinado digitalmente)

Fabiola Cassiano Keramidas

Voto Vencedor

Conselheiro José Antonio Francisco, designado quanto aos descontos incondicionais

Em relação aos descontos incondicionais, considerou a Ilustre Relatora que o a descrição dos fatos contida nos autos de infração seria insuficiente para esclarecer a matéria da autuação.

Observe-se, entretanto, que na fl. 528 dos autos, a Fiscalização relatou o seguinte:

[...]Já os valores contabilizados a título de descontos e abatimentos sobre vendas, não se referiam, efetivamente, a descontos incondicionais concedidos no ato das vendas, e assim, foram desconsiderados para fins de dedução da base de cálculo da COFINS.

Os fatos verificados e apurados estão descritos detalhadamente no TVF nº 002 (79) e no seu Anexo A (fls.82). A Fiscalização acatou os esclarecimentos escritos apresentados pelo Contribuinte (fls.500) no que se referiu à diferença apurada no mês-calendário 10/2003 (fls.87), no sentido de já ter sido tributada em período de apuração anterior, parte da receita apurada naquele mês-calendário. Nas justificativas que apresentou, o Contribuinte não questionou as demais diferenças apontadas no Anexo A, do TVF nº 002.

Verifica-se, portanto, que a Fiscalização, anteriormente, havia constatado que os valores lançados como descontos e abatimentos sobre vendas não corresponderiam a descontos concedidos no ato da venda (descontos incondicionais), conforme fls. 79 e seguintes dos autos.

No anexo “B” (fls. 89 e seguintes), a Fiscalização relacionou os valores, a conta do razão e a página de onde constou a escrituração.

Na fl. 80, a Fiscalização esclareceu:

Por outro lado, os históricos constantes dos próprios registros contábeis dos anos de 2000 e 2001, permitiram à Fiscalização verificar, através dos lançamentos efetuados nos livros Diário e Razão, quais os tipos de fatos patrimoniais que foram — registrados nas— respectivas__ contas, e, assim, interpretá-los de acordo com a legislação tributária pertinente a cada imposto e contribuição social.

Desse modo, verificou-se que a maior parte dos valores registrados pelo contribuinte nas contas representativas de "descontos e abatimentos sobre vendas", trataram-se de descontos financeiros e glosas de valores, e, não de "descontos incondicionais" concedidos no ato da venda, ou, a grosso modo, desconto concedido na própria nota fiscal.

Do que se deduz do descrito acima, conclui-se que a Fiscalização observou que os valores lançados no razão como “descontos e abatimentos sobre vendas” não constaram das notas fiscais de vendas e, portanto, não representam descontos incondicionais.

Portanto, a autuação baseou-se em duas premissas: os valores não constaram das notas fiscais como descontos e somente são incondicionais os descontos contidos nas notas fiscais.

A Interessada, entretanto, não demonstrou o contrário quanto à matéria fática (não apresentou prova alguma de que os valores constaram como descontos das notas fiscais) e não argumentou ser tal fato relevante ou irrelevante para caracterização dos valores como descontos incondicionais e, portanto, dedutíveis da base de cálculo.

Os fatos, portanto, estão claramente relatados e era perfeitamente possível à Interessada chegar às conclusões acima expostas, não tendo apresentado provas ou argumentos que contradissem a apuração efetuada pela Fiscalização.

No tocante à multa e aos juros, aplicam-se as seguintes súmulas do Carf:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

À vista do exposto, voto por negar provimento em relação a essa matéria, acompanhando a relatora em relação às demais.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco