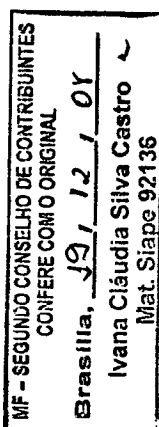
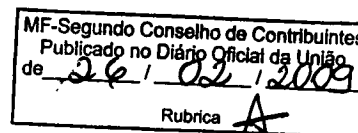




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 13502.000073/2004-24
Recurso nº 140.172 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 202-19.434
Sessão de 05 de novembro de 2008
Recorrente BRASKEM S/A
Recorrida DRJ em Salvador - BA



ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

NORMAS PROCESSUAIS. RENÚNCIA ADMINISTRATIVA.

Não se conhece da matéria concomitantemente discutida na via judicial. Súmula nº 1 do Segundo Conselho de Contribuintes.

MATÉRIA ESTRANHA AO LITÍGIO. PEDIDO DE REPETIÇÃO.

Não se pode conhecer de matéria estranha ao objeto do litígio.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA Nº3, DO 2º CC.

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.

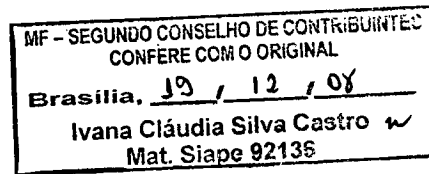
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do segundo conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso. Fez sustentação oral o Dr. Albert Limoeiro, OAB/DF nº 21.718, advogado da recorrente.


ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente




MARIA TÉRESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nadja Rodrigues Romero, Ivan Allegretti (Suplente), Antonio Zomer, Antônio Lisboa Cardoso, Carlos Alberto Donassolo (Suplente) e Domingos de Sá Filho.

Relatório

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de apuração de 01/02/1999 a 31/12/2000.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, em parte, o relatório que compõe a decisão recorrida:

“Trata-se de Auto de Infração (fls. 08/17) lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativa aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000.

(...)

O autuante informa que a contribuinte impetrou o Mandado de Segurança nº 2000.01.00.009590-0, sedo o original nº 1999.33.00.001894-0/BA (petição inicial às folhas 30/44), questionando as alterações na sistemática de apuração da Cofins, tendo obtido sentença de 1º grau favorável ao pleito (fls. 45/53).

Assim, a Cofins foi declarada em DCTF com a exigibilidade suspensa, mas, a partir da escrituração comercial da empresa (fls. 61/74), constatou-se a existência de valores tributáveis não declarados, que foram, então, objeto do Auto de Infração em tela, lavrado para prevenir a decadência e sem a incidência da multa de ofício, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996. O crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa com base nos incisos II e IV do art. 151 do Código Tributário Nacional – CTN, conforme mencionado à folha 08.

Às folhas 18/19 foram anexadas planilhas elaboradas pela contribuinte contendo as bases de cálculo da Cofins, e às folhas 20/21, planilhas elaboradas pelo autuante com os valores e respectivas contas contábeis que não teriam sido considerados pela contribuinte.

Informa ainda o autuante que a contribuinte recalculou os valores referentes aos créditos presumidos, retificando as DCTF e incluindo tais receitas nas bases de cálculo da Cofins, ou excluindo-as quando a

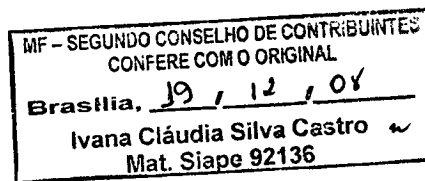
receita anteriormente tributada era superior, conforme anexo III (fl. 22).

(...)

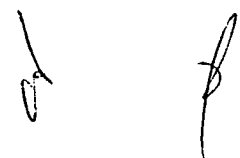
Cientificada da exigência fiscal em 17/02/2004 (fl. 08), a autuada apresenta em 18/03/2004 a Impugnação de folhas 76/117, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

- *A exigência da Cofins com base na Lei nº 9.718, de 1998 é inconstitucional e ilegal;*
- *O meio utilizado – Auto de Infração – para resguardar os interesses da Fazenda Nacional e prevenir a decadência é inadequado diante das circunstâncias do caso, pois a impugnante está discutindo judicialmente o direito de recolher a Cofins nos termos da LC nº 7/70 (...);*
- *(...)*
- *Sendo o meio utilizado inadequado, requer a anulação do Auto de Infração;*
- *A Turma Julgadora não deverá levar em consideração o disposto no art. 38 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 – que dispõe que a propositura de ação judicial pelo contribuinte implica em renúncia à esfera administrativa -, porque os Mandados de Segurança que tratam da Cofins foram impetrados antes da autuação em litígio;*
- *(...)*
- *Deve-se ainda considerar que o disposto no artigo 51 da Lei nº 9.784, de 1999, que determina que qualquer renúncia à esfera administrativa não pode ser presumida, devendo ser requerida mediante manifestação escrita da contribuinte;*
- *Para demonstrar que o 38 da Lei nº 6.830/80 foi revogado pelo artigo 51 da Lei nº 9.784, de 1999, basta que se constate se aquele é com este incompatível, ou se este regula inteiramente a matéria que tratava aquele;*
- *(...)*
- *A majoração da alíquota da e da base de cálculo da Cofins, nos termos da lei nº 9.718/98, e da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é inconstitucional (...);*
- *(...)*
- *Com base na legislação mencionada na impugnação, afirma que, por ocasião do encerramento dos períodos-base de apuração do IRPJ, as variações cambiais incidentes sobre o valor dos direitos e obrigações deverão ser obrigatoriamente reconhecidas e contabilizadas;*

[Handwritten marks]



- Ainda que a impugnante esteja obrigada a ajustar os valores patrimoniais em face da oscilação da cotação da moeda estrangeira frente ao valor da moeda nacional, nem sempre os valores creditados em contas de resultado, em decorrência desse procedimento, representam efetivamente receitas e conseqüente acréscimo patrimonial definitivo, sob o ponto de vista jurídico-tributário, o que, por si só, torna descabida e ilegal a presente atuação;
- Destarte, os ajustes em função da variação da moeda estrangeira frente ao real não representaram ingressos de receitas – novas ou antigas – para a impugnante, e, desta forma, não aumentaram a sua capacidade contributiva, e por esta razão não devem, não podem e não têm de compor as bases de cálculo do PIS e da Cofins;
- Determinada parcela das variações cambiais ora analisadas, e que, efetivamente foram consideradas como receitas pela impugnante, decorrem do registro de ativos oriundos de exportações em si realizadas, como é o caso das receitas contabilizadas na conta de resultado nº 362202-02, e que estavam legalmente excluídas das bases de cálculo da Cofins, fato não atentado pelo autuante;
- Quanto às variações cambiais passivas, havendo desvalorização da moeda estrangeira frente à moeda nacional, fez-se necessária a redução do montante das obrigações correspondentes, ou seja, um ajuste (diminuição) da despesa de variação cambial passiva anteriormente registrada, o que por si só não implica a sua tributação pela Cofins;
- (...)
- Não fosse suficiente a ilegal e imprecisa tentativa de tributação das 'receitas' de variação cambial, a fiscalização perpetrou um erro muito mais grave, ao pretender tributar lançamentos credores havidos nos saldos de contas de resultado destinadas ao registro de despesas, pois os lançamentos credores efetuados aos saldos dessas contas representam exclusivamente o estorno de despesas registradas anteriormente, mas jamais o registro de receitas auferidas, não podendo, portanto, integrara a base de cálculo da Cofins;
- A contribuinte não cometeu qualquer tipo de ilícito, e estando a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário e suspensa a exigibilidade do crédito tributário, os juros de mora são indevidos;
- A cobrança dos juros moratórios mediante a utilização da taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC não pode prosperar (...);
- (...)



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 19 / 12 / 06 Ivana Cláudia Silva Castro ~ Mat. Siape 92136
--

- *Ao final, requer o cancelamento do lançamento constituído por meio do Auto de Infração em litígio.*

Em face do requerimento apresentado pela contribuinte às folhas 536/537, foi proferido pela DRF/Camaçari o Relatório de Acompanhamento Judicial de folhas 619/620 mantendo a suspensão dos débitos em comento, retornando-se a seguir o presente processo a esta Delegacia de Julgamento para análise."

Por meio do Acórdão DRJ/SDR nº 15-12.333, de 20 de março de 2007, os Membros da 4ª Turma da DRJ em Salvador - BA decidiram, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte o lançamento. A Ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de Apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

AUTO DE INFRAÇÃO. CANCELAMENTO. Correta a lavratura de auto de infração de crédito tributário em discussão judicial e com exigibilidade suspensa, posto que tal procedimento não traz qualquer prejuízo ao contribuinte e é a forma adequada de a Fazenda Nacional se resguardar do instituto da decadência. Se assim procedeu a autoridade lançadora, é descabida a alegação de nulidade ou im procedência da exigência.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação administrativa, quanto ao mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política, cabendo, entretanto, análise relativamente às matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE. A Secretaria da Receita Federal, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

VARIAÇÃO CAMBIAL. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. 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, devem ser reconhecidas a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

Por absoluta falta de amparo legal, não pode a pessoa jurídica compensar, na base de cálculo da Cofins, as variações cambiais passivas ocorridas num determinado mês com variações cambiais ativas desse mês ou de meses subseqüentes.

COFINS. RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. VARIAÇÃO CAMBIAL. ISENÇÃO. A isenção das receitas de exportação do pagamento da Cofins não alcança as correspondentes variações cambiais ativas, que têm natureza de receitas financeiras, devendo, como tal, compor a base de cálculo daquela contribuição.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Lançamento Procedente em Parte”.

Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente alega:

(i) inexistência de concomitância do processo judicial com o presente processo administrativo uma vez que o MS nº 1999.33.00.001894-0 não discute o alargamento da base de cálculo da Cofins;

(ii) não se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, mas o reconhecimento da extensão da decisão do STF para cancelar a autuação sobre os valores “estranhos” ao faturamento e, caso não seja afastada a aplicação do § 1º do art. 3º da referida lei, relativamente à variação cambial:

a. os resultados decorrentes da oscilação da moeda não devem fazer parte da base de cálculo da Cofins, seja pelo regime de caixa, seja pelo de competência;

b. as variações cambiais ativas não representam receita, do ponto de vista tributário, devendo ser excluídas da base de cálculo da contribuição;

c. diante da regra isentiva instituída pela MP nº 2.158/35, evidencia-se o equívoco cometido pela DRJ-BA e a necessidade de reconhecimento por esse Eg. Conselho, do direito que tem a recorrente de repetir os valores pagos a título de Cofins incidente sobre variações cambiais de contas a receber, oriundas das exportações efetuadas;

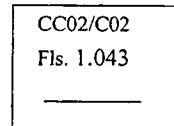
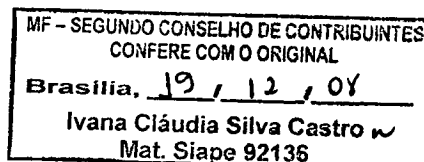
d. a variação cambial sobre passivos deve ser excluída da base de cálculo da Cofins por não representar receita;

(iii) os valores lançados a título de estorno de despesas não fazem parte da base de cálculo da Cofins.

(iv) é ilegal e inconstitucional a utilização da Selic como juros de mora.

Em 06/05/2008, a recorrente juntou aos autos do Proc. nº 13502.000072/2004-80 (Rec. nº 139.824) cópia de sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.33.00.011380-8, transitada em julgado em 21/06/2007.

Referido Mandado de Segurança foi impetrado pela contribuinte com o objetivo de obter segurança para que lhe fosse assegurado o direito líquido e certo de não se sujeitar ao PIS e à Cofins sobre a totalidade das receitas, declarando-se a inconstitucionalidade incidental



do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e permitir a compensação dos valores indevidamente recolhidos com outros tributos federais, nos termos da lei aplicável.

A sentença foi procedente e permitiu a compensação, após o trânsito em julgado, dos valores recolhidos a maior, a título de PIS e de Cofins, de acordo com a base de cálculo inconstitucionalmente definida pela Lei nº 9.718/98.

Em 25/06/2008 a DRF de Camaçari - BA expediu Memo DRF/CCI/Sarac nº 126 no qual encaminha, para conhecimento deste Segundo Conselho de Contribuintes, cópia de decisão judicial denegatória prolatada pelo TRF da 1ª Região, nos autos no Mandado de Segurança nº 1999.33.00.001894-0 (nesse processo a contribuinte objetiva seja determinado à autoridade impetrada (Fazenda Nacional) que, enquanto subsistir o acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/88, se abstenha de autuá-la pelo não recolhimento da Cofins à alíquota de 3%, resultante da majoração promovida pela Lei nº 9.718/98).

É o Relatório.

Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

Conforme relatado, a recorrente se insurgiu contra o Acórdão prolatado pelas seguintes razões:

(i) inexistência de concomitância do processo judicial com o presente processo administrativo uma vez que o MS nº 1999.33.00.001894-0 não discute o alargamento da base de cálculo da Cofins;

(ii) não se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, mas o reconhecimento da extensão da decisão do STF para cancelar a autuação sobre os valores “estranhos” ao faturamento e, caso não seja afastada a aplicação do § 1º do art. 3º da referida lei, relativamente à variação cambial:

a. os resultados decorrentes da oscilação da moeda não devem fazer parte da base de cálculo da Cofins, seja pelo regime de caixa, seja pelo de competência;

b. as variações cambiais ativas não representam receita, do ponto de vista tributário, devendo ser excluídas da base de cálculo da contribuição;

c. diante da regra isentiva instituída pela MP nº 2.158/35, evidencia-se o equívoco cometido pela DRJ-BA e a necessidade de reconhecimento por esse Eg. Conselho, do direito que tem a recorrente de repetir os valores pagos a título de Cofins incidente sobre variações cambiais de contas a receber, oriundas das exportações efetuadas;

d. a variação cambial sobre passivos deve ser excluída da base de cálculo da Cofins por não representar receita;

(iii) os valores lançados a título de estorno de despesas não fazem parte da base de cálculo da Cofins.

Brasília, 19 / 12 / 08

Ivana Cláudia Silva Gomes

(iv) é ilegal e inconstitucional a utilização da Selic como juros de mora.

Passo à análise:

O MS nº 1999.33.00.001894-0, considerado pelo auditor fiscal para suspender a exigibilidade do crédito tributário, realmente não trata do alargamento da base de cálculo da Cofins. Foi impetrado com o fim de não ser obrigada a contribuinte a recolher 1/3 da Cofins que seria compensável com a CSLL devida no período de apuração, tendo em vista que há decisão passada em julgado dispensando-a do pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro com base na Lei nº 7.689/88. Há também ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional com pendência de decisão definitiva.

Veio a conhecimento desta Relatora, por meio do Memo DRF/CCI/Sarac nº 126/2008, da Delegacia da Receita Federal de Camaçari - BA, que houve julgamento do MS nº 1999.33.00.001894-0 pelo TRF da 1ª Região que, conforme cópia encaminhada, possui os seguintes termos:

“(…)

4- Entende este C. Tribunal que os efeitos da coisa julgada, decorrentes de provimento judicial no qual se reconhece a inconstitucionalidade integral da Lei nº 7.689/88, que instituiu a CSLL, não atingem relações futuras, regidas por normas supervenientes (Lei nº 7.856/89 – art. 2º; Lei nº 8.034/90 (art. 2º); Lei nº 8.212/91 – art. 23, II e Lei Complementar nº 70/91 (art. 11).

(…)

6- Sendo assim, os efeitos da coisa julgada não atingem o período superveniente à Lei 7.856, de 24 de outubro de 1989, que expressamente disciplinou a CSLL. Irrelevante, pois, o resultado final da ação rescisória promovida pela Fazenda Nacional. Dessa forma, fica prejudicada a questão relativa à impossibilidade de compensação do terço da COFINS.

(…)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do Apelo da Fazenda Nacional, NEGO PROVIMENTO ao Apelo da Impetrante, e DOU PROVIMENTO à Remessa Oficial para, reformando a sentença, DENEGAR A SEGURANÇA.

(…)”.

Contudo, não há notícias do trânsito em julgado de referida decisão. Em face da figura da renúncia administrativa, os efeitos daquela decisão importam somente na execução do presente julgado.

Por outro lado, esqueceu-se a contribuinte de mencionar anteriormente a existência de outra ação que discutia, **sim**, o alargamento da base de cálculo da Cofins (MS nº 2005.33.33.011380-8). E, relativamente a esse processo, sobreveio informação sobre a ocorrência do trânsito em julgado da sentença que concedeu a segurança para assegurar à impetrante, após o trânsito em julgado, ocorrido em 21/06/2007, a compensação dos valores

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 12 / 12 / 01	CC02/C02 Fls. 1.045
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Sijape 92133	✓

recolhidos a maior, a título de PIS e de Cofins, de acordo com a base de cálculo inconstitucionalmente definida na Lei nº 9.718/98.

Não se deve esquecer que, pela regra, a renúncia à instância administrativa configura-se tanto por concomitância de ação judicial proposta antes da autuação como posteriormente, sendo que essa matéria é objeto da Súmula nº 1 deste 2º Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007, *verbis*:

“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.”

Note-se que não há qualquer exceção quanto ao tipo de ação judicial, ao contrário, a Súmula é explícita ao mencionar “por qualquer modalidade processual”, portanto, é indiferente se o processo judicial é ou não um mandado de segurança.

Desta forma, não devem ser conhecidas as matérias relativas ao aumento da alíquota e do alargamento da base de cálculo da Cofins.

Por outro lado, alega a recorrente que os valores lançados a título de estorno de despesas não fazem parte da base de cálculo da Cofins. Penso que, em razão da sentença transitada em julgado, proferida no Mandado de Segurança nº 2005.33.00.011380-8, a matéria deixa de ser relevante neste contexto, porque fora do conceito de faturamento.

Repetição de Indébito

Relativamente ao pedido de “*reconhecimento do direito da recorrente de repetir os valores pagos a título de Cofins incidente sobre variações cambiais de contas a receber, oriundas das exportações efetuadas diante da regra isentiva instituída pela MP nº 2158/35, não é esta a via correta para tal fim*”, se a contribuinte entende que efetuou algum recolhimento indevido, deverá utilizar o procedimento adequado (restituição/compensação), porquanto aqui o que se discute é o lançamento da Cofins tida como não recolhida ou recolhida a menor.

Assim, por ser matéria estranha ao litígio, deixo de tomar conhecimento.

No mais, insurge-se a contribuinte contra a Selic como juros de mora.¹

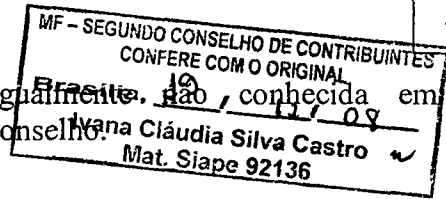
A matéria foi objeto da Súmula nº 3 deste Eg. Segundo Conselho de Contribuintes, conforme ementa a seguir transcrita:

“SÚMULA Nº 3, do 2 CC: 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.”

¹ A utilização da Selic como juros de mora encontra-se expressamente estabelecida no art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995 c/c o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996.



Matéria sumulada é matéria igualmente conhecida em face da obrigatoriedade de sua observância, por este Eg. Conselho.



CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando a concomitância com a matéria discutida no mandado de segurança, bem como a súmula sobre a Selic, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso voluntário.

Por ocasião da execução do presente julgado, a aplicabilidade das sentenças transitadas em julgado proferidas nos Mandados de Segurança nºs 2005.33.00.011380-8 e 1999.33.00.001894-0 deverão ser observadas.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de novembro de 2008.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ