



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

Processo n° 19515.000044/2005-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-004.674 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de maio de 2018
Matéria COFINS
Recorrente MERRILL LYNCH PARTICIPAÇÕES FINANÇAS E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO.

Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, é de se entender que a receita a ser tributada pela Cofins e pela contribuição para o PIS/Pasep, com base na referida lei, corresponde ao faturamento. O que, por conseguinte, cabe afastar da tributação pela Cofins as receitas cambiais ativas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

PROCESSO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. UNIDADE DE JURISDIÇÃO.

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 ou sem trânsito em julgado, com o mesmo objeto do processo administrativo, em função da unidade de jurisdição.

Quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

JUROS DE MORA. AUTO DE INFRAÇÃO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. MATÉRIA SUMULADA.

Súmula CARF n° 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.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso voluntário e, na parte conhecida, dar -lhe provimento em parte, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Rodolfo Tsuboi (Suplente convocado), Ari Vendramini, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 16-23.183, proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (fl. 561 e seguintes), o qual decidiu pela procedência parcial da impugnação, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Nacional com o mesmo objeto, antes ou posteriormente a autuação, importa em renúncia às instâncias administrativas. Quando forem diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

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. Do contrário, a regra a ser observada é aquela prevista no art. 173 do CTN.

LANÇAMENTO DESTINADO A PREVENIR A DECADÊNCIA.

O crédito tributário não declarado/recolhido que seja objeto de discussão judicial ainda não superada por decisão definitiva deve ser lançado de ofício a fim de prevenir a decadência.

FALTA DE DECLARAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. CABIMENTO.

A falta de declaração de crédito tributário, com a exigibilidade suspensa ou não, enseja a lavratura de auto de infração por autoridade fiscal no local de sua verificação.

VARIAÇÃO 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.

VARIAÇÕES CAMBIAIS ATIVAS. RECEITAS FINANCEIRAS. VARIAÇÕES CAMBIAIS PASSIVAS. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

As receitas financeiras, dentre elas as variações cambiais ativas, compõem a base de cálculo da COFINS, prevista nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998, da qual não podem ser deduzidas as variações cambiais passivas (despesas financeiras) por absoluta falta de previsão legal neste sentido e pelo fato de que tal exação se caracteriza pela incidência sobre a receita bruta.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. CABIMENTO.

É legítima a inclusão de juros moratórios em lançamento de ofício destinado a prevenir a decadência, ainda quando a exigibilidade dos débitos lançados esteja suspensa por medida judicial (Decreto-lei nº 1.736/1979).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

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

LANÇAMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Somente se reputa nulo o lançamento na hipótese prevista no art. 59, I, do Decreto nº 70.235/1972.

Tal decisão excluiu do lançamento fiscal "os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 30/04/1999 a 31/12/1999", em razão da decadência.

Inconformada com decisão de primeira instância, a contribuinte apresentou recurso voluntário. Informa a existência de decisão judicial transitada em julgado nos Mandado de Segurança (MS) nº 2000.61.00.034841-8, o que daria causa à extinção da autuação. Defende ainda o afastamento dos juros moratórios.

A 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta Seção do Carf, ao apreciar esse recurso voluntário, emitiu, em 2015, a Resolução 3403-000.608.

Tomo desta, parte do relato do processo que entendo necessária no presente momento processual:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra a empresa Merrill Lynch Participações Finanças e Serviços Ltda., em razão de apuração por falta/insuficiência de recolhimento e/ou declaração em DCTF de COFINS incidentes sobre variações monetárias ativas e outros rendimentos operacionais não incluídos na base de cálculo desta contribuição, com exigibilidade suspensa por força de decisão judicial, no valor total de [...], incluídos tributo e juros de mora, com enquadramento legal descrito.

Crédito tributário lançado com exigibilidade suspensa por força de decisão judicial. [...]

Inconformada com a presente autuação, a Recorrente apresentou Impugnação, acompanhada de documentos alegando em síntese que:

[...]

A impugnação versa somente sobre decadência parcial e não incidência dos juros de mora sobre o crédito supostamente devido;

[...]

De fato, a presente autuação decorre apenas da exigência da COFINS sobre as receitas decorrentes da variação cambial;

Para obtenção de recursos para sua atividade, a Impugnante celebrou, junto a MERRILL LYNCH CAPITAL CORPORATION, Contrato de Empréstimo ("Contratos de Repasse"), nos termos da legislação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional. Referido Contrato de Repasse, como se pode observar, possuem cláusula de correção cambial, pelo dólar norte-americano, do valor mutuado;

Dessas operações, a impugnante poderia vir a auferir ganho ou perda decorrente da variação cambial, dependendo da cotação da moeda estrangeira. Porém, estes resultados somente poderiam ser verificados no final do contrato, submetendo os ganhos à tributação;

Ocorre que, por força da legislação comercial e tributária, a Impugnante está obrigada a contabilizar suas receitas e despesas pelo regime de competência, portanto, poderá obter ao longo dos meses perdas e lucros sem que isso configure acréscimo patrimonial;

Tal forma de contabilização não tem implicação nos tributos que oneram o lucro (IRPJ e CSLL), porém, o mesmo não ocorre em relação à COFINS já que os resultados negativos não podem ser descontados dos positivos. Na verdade, são falsas receitas que não representam qualquer acréscimo patrimonial, devendo, nas variações cambiais, ser confrontadas as receitas com as despesas;

Não são todas as entradas que configuram receitas, mas somente aquelas que representam riqueza nova;

O ingresso positivo de variação cambial, antes da finalização do contrato de repasse, jamais poderia ensejar a tributação de COFINS, o que importa na nulidade da autuação;

[...]

A Resolução em pauta entendeu, ao final, por "converter o julgamento em diligência para que a Recorrente seja intimada a juntar aos autos certidão de objeto e pé extraída do processo nº 2000.61.00.0340410, assim como suas principais peças, retornando, após, os autos ao CARF para julgamento definitivo".

A informação fiscal advinda da diligência solicitada registra que a contribuinte afirma ser "parte no processo nº 2000.61.00.034841-8", mas "que não possui qualquer vínculo processual no processo nº 2000.61.00.034041-0", este que fora objeto da indagação da Resolução, e juntou documentos relativos à primeira ação judicial. Errou a Resolução. O número da ação judicial de que se serve a recorrente ao longo dos presentes autos é a de final "034841-8" e não "34041-0". Tal erro, no entanto, em nada afeta o presente voto, posto que há sim ação judicial decisão judicial a ser verificada.

Foi-me distribuído o presente processo para relatar e pautar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Relator.

O recurso voluntário apresentado já foi verificado quanto aos pressupostos de admissibilidade¹.

Decisão judicial transitada em julgado

Em seu recurso, a contribuinte basicamente informa a existência de decisão judicial transitada em julgado no MS em pauta, no qual:

6. [...] visava a garantir o direito líquido e certo, da Recorrente, de ver afastada a exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, nos moldes estipulados pelos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.718/98, garantindo que seu recolhimento seja efetuado com base na Lei Complementar n.º 70/91, bem como realizar a compensação dos valores já recolhidos indevidamente, nos períodos de fevereiro de 1999 a julho de 2000, com contribuições de receitas da mesma espécie.

7. Deferida a liminar requerida, sobreveio sentença mandamental que houve por bem conceder a segurança pleiteada para reconhecer o direito da Recorrente de recolher a COFINS incidente sobre a base de cálculo prevista na Lei Complementar n.º 70/91 (Doc. 03).

8. Inconformada com a sentença proferida, a Fazenda Nacional interpôs Recursos de Apelação, ao qual foi dado parcial provimento para determinar o recolhimento da contribuição em comento à alíquota de 3% prevista pela Lei n.º 9.718/98, nos termos do acórdão, a seguir reproduzido (Doc. 04):

[...]

9. Nesse passo, tanto Recorrente, como a Fazenda Nacional, então, interuseram Recurso Extraordinário, [...].

10. Ocorre que, em 18/08/2009, tendo em vista que o tema em debate já está definitivamente pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal, a Recorrente peticionou nos autos do Recurso de Apelação, requerendo que os recursos extraordinários interpostos fossem julgados prejudicados, sendo certo que o seu pleito foi acatado, [...]

11. Assim, tendo em vista que os recursos extraordinários foram julgados prejudicados, em 23/11/2009, o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal

¹ Ressalte-se ser desnecessário responder todas as questões levantadas pelas partes, em já havendo motivo suficiente para decidir (Lei n.º 13.105/15, art. 489, § 1º, IV. STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, julgado de 8/6/2016, rel. Min. Diva Malerbi).

Federal da Terceira Região transitou em julgado, concedendo definitivamente o direito à Recorrente de realizar o recolhimento da COFINS nos termos da Lei Complementar n.º 70/91.

[...]

14. Diante do acima exposto, a decisão proferida pelo E. Tribunal Regional Federal transitou em julgado declarando inconstitucional o §1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/8 e concedendo o direito da Recorrente em realizar o recolhimento da COFINS, nos termos da Lei Complementar n.º 70/91, como me entendimento pacificado do E. Supremo Tribunal Federal, restando necessária a extinção do presente auto de infração.

15. Nesse passo, impende destacar que a presente autuação tem como objetivo as operações decorrentes de variações cambiais, que não foram incluídas na base de cálculo da COFINS.

16. Por outro lado, ao analisar a Impugnação apresentada pela Recorrente, a D. Autoridade Julgadora houve por bem entender que "(...) o contribuinte não ofereceu à tributação da COFINS parte das receitas financeiras, isto é, as variações monetárias ativas decorrentes de empréstimos financeiros em moeda estrangeira (...)".

17. Assim, a D. Autoridade Julgadora considerou explicitamente que as atividades exercidas relativamente às operações de cunho financeiro, integram a base de cálculo da COFINS.

18. Ocorre que, como demonstrado anteriormente, por força da decisão judicial transitada em julgado nos autos do MS n.º 2000.61.00.03484-8, somente as receitas decorrentes da prestação de serviços e venda de mercadorias pode compor a base de cálculo da COFINS.

Certidão da Justiça Federal de São Paulo dá conta do estado do MS 0034841-35.2000.403.6100 (numeração alterada de 2000.61.00.034841-8²), afirmando o trânsito em julgado do feito (fl. 724):

O Diretor de Secretaria da 17ª Vara Federal de São Paulo, ALEXANDRE PEREIRA, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, **CERTIFICA**, a pedido de Fernando Soares que, revendo na Secretaria a seu cargo, encontram-se os autos de Mandado de Segurança n.º **0034841-35.2000.403.6100**, distribuído em 11/09/2000, protocolado em 11/09/2000, proposta por **MERRIL LYNCH PARTICIPAÇÕES, FINANÇAS E SERVIÇOS LTDA.**, CNPJ N.º 54.415.237/0001-62 em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO - SP, objetivando lhe seja assegurado o direito ao recolhimento da Contribuição Social para o financiamento da Seguridade Social (COFINS), bem como a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), nos moldes traçados pelas Leis

² A Resolução 65 de 16/12/2008, determinou um padrão do número dos processos nos órgãos do poder judiciário, cujo padrão passará a ser "NNNNNNN-DD.AAAA.JTR.OOOO", onde o primeiro campo é o número sequencial do processo por unidade de origem.

Complementares 70/91 e 7/70, respectivamente. Deles verifiquei constar decisão às fls. 69/71, concedendo a liminar pleiteada. Às fls. 116/126 consta sentença concedendo a segurança para o fim de assegurar o direito de efetuar, a partir de agosto/2000, o recolhimento da COFINS na forma da Lei Complementar 70/91, bem como o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos, no lapso compreendido entre fevereiro/99 à julho/00, com outras contribuições vincendas da mesma espécie (COFINS), aplicando-se a título de atualização, a taxa SELIC, nos termos da Lei 9250/95. Às fls. 331 consta Acórdão do E. TRF da 3ª Região não dando parcial provimento à apelação interposta pela União às fls. 197/253 e à remessa oficial. A parte impetrante interpôs Embargos de Declaração às fls. 336/2340, rejeitados às fls. 476/477. A impetrante interpôs Embargos de Declaração novamente às fls. 481/483, rejeitados às fls. 490. A União e a impetrante apresentaram Recurso Extraordinário às fls. 494/504 e 505/ 521, respectivamente. Às fls. 550/551 consta decisão do E. TRF da 3ª Região declarando extinto o procedimento recursal interposto pela União pela prejudicialidade, com fulcro no §30, do artigo 543-B, do CPC. Às fls. 552/554 consta decisão sobrestando o exame de admissibilidade do recurso extraordinário apresentado pela impetrante, até o pronunciamento definitivo do Colendo STF sobre a matéria em tela. Às fls. 583 consta decisão declarando extinto o procedimento recursal pela prejudicialidade, com fulcro no § 30, do artigo 543-B, do CPC Trânsito em julgado em 23/11/2009, conforme certidão de fls. 587. Os autos retornaram a esta Vara de origem em 04/03/2010, foram arquivados em 25/03/2013 e desarquivados para expedição desta certidão.

Assim, demonstra-se o transitio em julgado de decisão concedendo o direito da Recorrente em realizar o recolhimento da COFINS nos termos da Lei Complementar n.º. 70/91.

O Acórdão recorrido, em sua fundamentação, bem conclui pela concomitância dos processos judicial e administrativo, demonstrando a identidade de objeto de ambos:

6. O contribuinte impetrou junto ao Poder Judiciário o Mandado de Segurança n.º 2000.61.00.034841-8 (fls. 376/399 e 402/422), pleiteando, dentre outras medidas, “a concessão em definitivo da segurança para, relativamente ao período-base de agosto de 2000 e subsequentes, garantir seu direito líquido e certo de ter afastada a exigência da contribuição sobre o faturamento - COFINS, nos moldes estipulados pelos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.718/98, especialmente pela pretensão de se tributar, à alíquota de 3%, receitas que não se incluem no conceito de faturamento (receitas financeiras, incluindo variações monetárias ativas e receitas de juros, de vendas do ativo fixo, de participações societárias, etc.), garantindo que seu recolhimento seja efetuado com base na Lei Complementar n.º 70/91, declarando-se, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718/98, (...)” (fls. 422).

[...]

12. Conforme relatado acima, o auto de infração tem por objeto Contribuições para Financiamento da Seguridade Social - COFINS não recolhidas/declaradas em DCTF incidentes, dentre outras receitas, sobre variações monetárias ativas, no entanto, com exigibilidade suspensa por força

de decisões judiciais (liminar, sentença e acórdão) proferidas nos autos do referido mandado de segurança.

13. Por outro lado, da petição inicial deste mandado de segurança, além do pedido formulado na alínea “c” de fls. 422, transcrito parcialmente acima, destacam-se as seguintes disposições contidas às fls. 382 e 421 respectivamente:

“25. Isto porque, à obviedade, existem inúmeras outras receitas auferidas pelo contribuinte que extrapolam aquelas restritas ao faturamento (receita bruta decorrente da venda de mercadorias e prestação de serviços), tal como definida pelo Excelso Pretório, tais como receitas financeiras, incluindo variações monetárias ativas e receitas de juros, de vendas do ativo fixo, de participações societárias, etc.

(...)

a) a concessão de medida liminar para, relativamente ao período-base de agosto de 2000 e subsequentes, suspender a exigibilidade da contribuição sobre o faturamento - COFINS, nos moldes estipulados pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9. 718/98, especialmente pela pretensão de se tributar, à alíquota de 3%, receitas que não se incluem no conceito de faturamento (receitas financeiras, incluindo variações monetárias ativas e receitas de juros, de vendas do ativo fixo, de participações societárias, etc.), garantindo que seu recolhimento seja efetuado com base na Lei Complementar nº 70/91, (..)”

15. Segundo dispõem o artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/1979, e o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980, a propositura pelo contribuinte de judicial importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

16. Nesse sentido, foi expedido o Ato Declaratório Normativo (ADN) nº 3, de 14/02/1996, da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT) da Secretaria da Receita Federal, esclarecendo que:

"a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - ou posteriormente à autuação com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto (gn)

17. Com efeito, a coisa julgada proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal brasileira, que adota o modelo de jurisdição uma, na qual são soberanas as decisões judiciais, cabendo à Delegacia de origem dar fiel cumprimento à decisão judicial definitiva.

Assim e ainda que tenha havido trânsito em julgado na esfera judicial, entendo, em consonância com posição da Câmara Superior deste Carf, pela dita concomitância:

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RECONHECIMENTO. SÚMULA CARF Nº 01. Consoante determina a Súmula CARF nº 01, deve haver o reconhecimento da existência de concomitância quando a ação judicial e o processo administrativo tenham o mesmo objeto. E o comando vai além, permitindo a análise, pelo órgão de julgamento administrativo, tão somente de matéria distinta da constante no processo judicial. Entende-se por objeto da demanda aquilo que com ela se pretende alcançar. O reconhecimento da existência de concomitância implica que não haverá decisão no contencioso administrativo sobre a matéria de mérito do auto de infração que também está sendo discutida na esfera judicial, inclusive tornando-se insubsistentes eventuais julgados já proferidos, mesmo os favoráveis à Contribuinte. De outro lado, havendo o trânsito em julgado da demanda judicial de forma favorável ao Sujeito Passivo, extinguindo a obrigação tributária, como é o caso dos presentes autos, a declaração de concomitância não traz qualquer prejuízo às partes, pois caberá à Administração Tributária cumprir a decisão judicial definitiva de mérito.

(CARF, 3ª Turma, CSRF, Ac. 9303-003.467, de 24/02/2016, rel. Conselheira Tatiana Midori Migiyama).

Assim, voto por não conhecer da matéria abrangida pela decisão judicial em pauta.

Parte do Lançamento relativo à variação cambial ativa sobre o período entre janeiro e julho de 2000

Observe-se que a autuação abrange os anos-calendário 1999, 2000, 2001, 2002; o acórdão recorrido exclui do lançamento fiscal "os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 30/04/1999 a 31/12/1999", em razão da decadência; e disputa na judicial, iniciada em agosto de 2000, pede a contribuinte o afastamento da exigibilidade da Cofins, pela Lei 9.718 daí em diante, bem como garantir o direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos (distintos portanto dos lançados) no período, anterior, de fevereiro de 1999 a julho de 2000. Reproduzo o pedido constante da inicial (fl 424 e 425):

89. Face às razões acima expostas, a Impetrante requerer:

a) a concessão de medida liminar [...]

b) a notificação da D. Autoridade impetrada [...]

e

c) a concessão em definitivo da segurança para, relativamente ao período-base de agosto de 2000 e subsequentes, garantir seu direito líquido e certo de ter afastada a exigência da contribuição sobre o faturamento COFINS, nos moldes estipulados pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, especialmente pela pretensão de se tributar, à alíquota de 3%, receitas que não se incluem no conceito de faturamento (receitas financeiras, incluindo variações monetárias ativas e receitas de juros, de vendas do ativo fixo, de

participações societárias, etc.), garantindo que seu recolhimento seja efetuado com base na Lei Complementar nº 70/91, declarando-se, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, bem como para resguardar o direito da Impetrante de proceder a compensação dos valores indevidamente recolhidos no período de fevereiro de 1999 a julho de 2000, com parcelas vincendas da mesma exação, acrescidos da taxa de juros do SELIC a partir de 1996, conforme determinado pela Lei nº 9.250, de 27.12.95.

Ora, quanto ao lançamento relativo ao período entre janeiro e julho de 2000, este não fora fulminado pela decadência, não se encontra no objeto do MS em pauta, nem foi objeto do recurso voluntário (este que só atacou a questão com base na existência de decisão judicial transitada em julgado).

Ainda houvesse pedido pela declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, exame das peças judiciais não revelou que o Judiciário, neste processo, tenha declarado a inconstitucionalidade do tal dispositivo, expressamente, até porque há entendimento nos tribunais superiores de que MS não é palco para tal.

Quanto a este período, no entanto, em vista de o Supremo ter declarado a inconstitucionalidade da § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, o que foi mencionado pela recorrente, siga entendido deste Carf pelo afastamento da exigência também neste caso:

VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. COFINS. BASE DE CALCULO. FATURAMENTO. Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, é de se entender que a receita a ser tributada pela Cofins e pela contribuição para o PIS/Pasep, com base na referida lei, corresponde ao faturamento. O que, por conseguinte, cabe afastar da tributação pela Cofins as receitas cambiais ativas. E, no que tange especificamente às receitas cambiais ativas decorrentes de exportação, conforme decidido pelo STF, quando da apreciação do RE 627.815, devem ser afastadas tais receitas da incidência da Cofins, em respeito a regra de imunidade preceituada no art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

(CARF, 3ª Turma, CSRF, Érika Costa Camargos Autran).

Nesse ponto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Juros de mora

A recorrente ainda defende o afastamento dos juros de mora, aduzindo que "uma vez que a obrigação principal foi extinta conforme anteriormente demonstrado através da referida ação mandamental" e que "insubsistente se torna a cobrança de juros", posto que sendo acessório, segue o principal.

Não assiste razão à contribuinte.

O art. 61, caput e § 3º, da Lei nº 9.430/1996 determina a incidência dos juros de mora quando houver débitos de tributos ou contribuições administrados pela RFB não pagos no prazo da legislação.

O art. 63 da mesma Lei estabelece que, na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172/1966, não caberá lançamento de multa de ofício. O § 2º do mesmo artigo prevê a interrupção da incidência da multa de mora, em caso de interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar. O artigo, porém, nada estabelece sobre os juros de mora sendo estes devidos, por força da supra exposto art. 61, ainda que haja decisão judicial ou suspensão de exigibilidade do crédito tributário, salvo quando existir depósito do montante integral. É o que diz a 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.

Assim, nesse ponto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Rendimentos distintos da variação cambial ativa.

Por fim, observe-se que o acórdão recorrido destaca que "ao contrário do entendimento da Impugnante [...], o auto de infração não decorre exclusivamente da variação cambial, mas também de outros rendimentos operacionais contabilizados, não incluídos nas bases de cálculo do tributo em questão informadas nas DIPJ e DCTF, [...]. É o que se observa no item (b) do Termo de Verificação Fiscal (fls. 281 e 282):

O exame dos livros e documentos fiscais, fornecidos pelo contribuinte em epígrafe, em contraposição àquelas informadas na DIPJ e DCTF, referentes aos anos-calendário de 2.000 a 2.003, revelou a existência de outros rendimentos operacionais, contabilizados às contas 7199900000 e 7199900007, não incluídas na base de cálculo da COFINS.

Cabe destacar o fato do contribuinte efetuar a exclusão dos valores negativos, contabilizados à conta contábil 71990010007 - deságio, sem que houvesse previsão, explícita, na legislação aplicável, para tal prática.

Assim, os valores apurados por esta fiscalização, referentes a outros rendimentos operacionais, conforme demonstrado no quadro abaixo, constituem base de cálculo da COFINS, passíveis de exigência do crédito tributário decorrente, através de Auto de Infração.

O lançamento destes outros rendimentos não é objeto da impugnação, tampouco do recurso voluntário, precluindo o direito de contestá-lo.

Conclusão

O Parecer Normativo (PN) Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014, determina que "Quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada", o que ocorre, no caso.

Assim, por todo o exposto, voto por:

- a) não conhecer do recurso voluntário na matéria abrangida pela decisão judicial referida, por força da concomitância dos processos judicial e administrativo;
- b) conhecer e dar-lhe provimento quanto a parte do lançamento relativo à variação cambial ativa sobre o período entre janeiro e julho de 2000;
- c) conhecer e negar-lhe provimento quanto a questão dos juros de mora; e
- e) dar por preclusa questão relativa aos rendimentos distintos da variação cambial ativa.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator