



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

Processo n° 19515.001183/2003-60
Recurso n° 19.515.001183200360 Voluntário
Acórdão n° **3401-01.261 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de março de 2011
Matéria PIS/PASEP - AUTO DE INFRAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - RECEITAS FINANCEIRAS - JUROS DE MORA -AÇÃO JUDICIAL
Recorrente DURATEX S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/09/2002

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF 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.

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

De acordo com o enunciado da 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 do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário na parte em que caracterizada a concomitância de objeto, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Declarou-se impedido o Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Gilson Macedo Rosenburg Filho, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho e Fernando Marques Cleto Duarte. Ausente o Conselheiro Dalton César Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado em 02/04/2003 para prevenir a decadência do lançamento do PIS/Pasep dos períodos de apuração compreendidos entre fevereiro de 1999 e setembro de 2002, segundo o Fisco, calculado sobre as rubricas “Receitas Financeiras Diversas” e “Variações Cambiais”.

O lançamento deu-se sem a multa de ofício e com a sua exigibilidade suspensa porquanto no curso da ação fiscal a autuada informou dispor de Medida Liminar em sede de Mandado de Segurança (processo nº 1999.61.00.11957-7) garantindo-lhe o direito de recolher o PIS/Pasep apenas sobre o faturamento, ou, *ad argumentandum*, sob os auspícios da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, somente a partir de março de 1999.

Na Impugnação, a autuada fez questão de ressaltar que não contestaria a inclusão na base de cálculo das receitas outras que não apenas as decorrentes de seu o faturamento, haja vista que a matéria estava ainda sob o crivo do Poder Judiciário, limitando-se, portanto, a questionar apenas os números apurados pelo Fisco, que considerou inconsistentes e passíveis de novo levantamento.

Justificou seu inconformismo pelo fato de entender que a forma de apropriação das receitas de variações cambiais, tanto originadas das obrigações indexadas por moeda estrangeira, quanto os direitos nessa mesma condição, não poderiam resultar na incidência da contribuição sobre o que considera “receitas fictícias”, ou “não resultado. Assim, defendeu a sua forma de proceder, que consistia basicamente em excluir da base de cálculo, até o limite das receitas antes apuradas, o valor das variações cambiais passivas.

De outra parte, questionou a exigência dos juros de mora, visto que estava amparado por Medida Liminar e, portanto, não se encontrava em débito para com Fisco a ponto de ser impelido à tal exação. Além disso, e, *ad argumentandum*, questionou a utilização da taxa Selic como forma de atualização monetária.

Após a realização de diligência por ela mesma determinada, em que o Fisco reviu parte do lançamento, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, acatou as retificações propostas em dois dos períodos de apuração e manteve o lançamento, por não vislumbrar na legislação que rege a contribuição nenhuma possibilidade de exclusão da base de cálculo das variações cambiais passivas, com exceção a uma permissão nesse sentido apenas para o ano de 1999, aliás, considerada pelo Fisco, na forma do art. 31 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001.

O mesmo se deu em relação à exigência dos juros de mora, mesmo diante de uma decisão judicial em sede de mandado de segurança, os quais foram mantidos na linha de decisões administrativas e judiciais que colacionou. Quanto à utilização da taxa Selic, a instância de piso declarou-se impossibilitada de enfrentar questionamentos quanto à constitucionalidade de leis, notadamente a que prevê esta forma de atualização monetária, qual seja, o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

No Recurso Voluntário a autuada novamente fez a ressalva de que a matéria nele tratada em nada se equipara a que está sob o crivo do Poder Judiciário, de forma que não se caracteriza a concomitância de objeto. Assim, em longo arrazoado, no qual desfilou posições de doutrinadores de escol e decisões judiciais e administrativas na linha de seu entendimento, questionou apenas a forma e o tempo em que se deveria submeter as variações cambiais à incidência da contribuição, pois, seja pelo regime de caixa ou pelo regime de competência, o valor a ser tributado é o mesmo.

Reiterou também as argumentações sobre a improcedência da exigência dos juros de mora, bem como a utilização da taxa Selic.

Submetido o Recurso Voluntário à apreciação da então denominada Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, o seu julgamento foi convertido em diligência, Resolução nº 204-00.047, de 07/07/2005, no sentido de que restasse esclarecido qual o regime contábil adotado pela empresa a partir do ano 2000 para a apuração das variações monetárias dos seus direitos de crédito e das suas obrigações, em função da taxa de câmbio, para fins da contribuição devida ao PIS/Pasep, bem como se o mesmo regime fora adotado também para a apuração do IRPJ, da CSLL e da Cofins.

Em resposta à intimação feita pelo Fisco a empresa esclareceu, às fls. 522/525:

“Item 1 - Informar qual o regime contábil adotado pela empresa, a partir do ano 2000, para apuração das variações monetárias dos seus direitos de crédito e das suas obrigações, em função da taxa de câmbio, para efeito de contribuição ao PIS.

Resposta: Na época, a Companhia para apuração das variações monetárias de direitos de crédito e das obrigações, exceto em relação às aplicações em derivativos (Swap, Forward, etc.), utilizava-se do regime da competência, inclusive para efeito de apuração das contribuições ao PIS.

A Empresa controlava individualmente os ativos e passivos indexados em moeda estrangeira e considerava a receita de variação cambial correspondente ao mês da competência na base de cálculo do PIS, inclusive da COFINS. Para não recolher essas contribuições sobre as receitas que não se realizariam em função da valorização do Real frente à moeda estrangeira que eventualmente incorriam em meses subsequentes, excluía da base de cálculo das contribuições as variações cambiais contabilizadas a débito no Resultado correspondentes as reversões das receitas de variações cambiais anteriormente registradas para cada um dos ativos e passivos financeiros. Com isso, as contribuições ao PIS e a COFINS sobre as receitas de variações cambiais líquidas (créditos — débitos) eram recolhidas pelo regime de competência desde o início do contrato do direito de crédito ou da obrigação financeira, até a data de sua liquidação.

Item 2 - Informar se o mesmo regime foi adotado em relação aos outros tributos mencionados no art.30 da MP 2.158/2001, ou seja, IRPJ, CSLL e COFINS.

Resposta: Sim. Era adotado o regime de competência em relação ao IRPJ, CSLL e COFINS.”

Aproveitou ainda a empresa para destacar dois pontos:

“Finalmente, vale destacar dois pontos de suma importância:

1 - o auto de infração foi lavrado com suspensão de exigibilidade até decisão final do processo 1999.61.00011957-7. Não obstante, em 30/09/2004 após decisão

do TRF 3ª Região o contribuinte recolheu o valor sub júdice (02/99 a 09/02, inclusive) (doc. 02).

2 — Referido Mandado de Segurança encontra-se em julgamento no STF (doc. 03), onde deverá ser julgado favoravelmente tendo em vista o posicionamento daquela Corte sobre a matéria; como, aliás, já decidiu em caso análogo da COFINS, igualmente objeto de autuação no mesmo procedimento fiscal, cujos valores recolhidos pela autuada encontram-se em processo de habilitação de crédito (doc. 04).”

Manifestando-se acerca dos esclarecimentos prestados pela autuada na diligência, a DRF consignou que todos eles já fizeram parte do seu Termo de Verificação, no qual se fundou a autuação.

Instada a se manifestar acerca do resultado da diligência, a autuada expressamente não se interessou em fazê-lo.

No essencial, é o Relatório.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 29/06/2004, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 21/07/2004. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido, ao menos em relação às matérias não submetidas ao crivo do Poder Judiciário, quais sejam, as que tratam sobre a incidência dos juros de mora, bem como a utilização da taxa Selic como forma de atualização monetária do crédito.

Concomitância – renúncia à instância administrativa

Não obstante o apelo da Recorrente para que a concomitância não seja reconhecida neste caso, e, ainda, o fato de que a instância de piso também não vislumbrou tal ocorrência, o fato é tal instituto resta, senão de forma direta, indiretamente cristalizado.

Lembre-se aqui que o presente lançamento teve como motivação a constituição de crédito tributário para prevenir a decadência, em face de a autuada ter impetrado um Mandado de Segurança visando submeter-se às regras da Lei Complementar nº 7/70 para fins de recolhimento do PIS/Pasep, em detrimento das regras trazidas pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, notadamente as contidas no § 1º do artigo 3º, que promoveu o alargamento da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à Cofins, de sorte a contemplar na formação da base de cálculo todas as receitas da empresa e não só aquelas decorrentes de seu faturamento. De se consignar ainda, por oportuno, que o objetivo social da empresa é indústria e comércio de bens.

Assim, o presente auto de infração refere-se unicamente ao PIS/Pasep calculado sobre receitas financeiras e sobre as receitas de variação cambial.

Sobre a ação judicial noticiada, sabe-se, pelos autos deste processo, apenas que ela recebeu o número 1999.61.00.11957-7 e que fora concedida a liminar pelo juízo de primeira instância e que referida ação encontrar-se-ia no STF pendente de julgamento, o qual, avaliou a Recorrente, que o resultado lhe seria favorável, na linha do pronunciamento daquela Corte em processo semelhante envolvendo a Cofins.

E, de fato, conforme consulta que realizei no sítio do STF, verifiquei que referida ação aportou naquela Corte sob o nº RE 570721, tendo transitado em julgado em 02/03/2010, o seguinte Despacho¹, *verbis*:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que decidiu pela constitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, no que dispõe sobre a base de cálculo do PIS.

Neste RE, fundado no art. 102, III, **a** e **c**, da Constituição, sustentou-se, em suma, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal e requereu-se o recolhimento do PIS com base na LC 7/70.

A pretensão recursal merece acolhida, apenas em parte.

¹ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2575587> ED O ROSENBURG FILHO

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98.

Na ocasião, entendeu-se que a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas excede a noção do termo faturamento referido no art. 195, I, da Constituição Federal e que, por se tratar de vício de inconstitucionalidade original, não foi afastado com a alteração promovida pela EC 20/98.

No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, dentre outras: RE 386.457-AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello; RE 419.903-AgR/PE, Rel. Mn. Carlos Britto; RE 399.482-AgR/BA, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 441.465-AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 436.846-AgR-ED/PR, Rel. Min. Eros Grau; RE 389.847-AgR/RS e RE 393.938-AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 451.524-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 419.010-AgR/RJ e RE 523.943-ED/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 378.877-ED/GO, de minha relatoria.

Essa jurisprudência acerca da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 foi reafirmada pelos Ministros desta Corte ao julgar o RE 585.235-RG-QO/MG, Rel. Min. Cezar Peluso.

Por fim, é inviável o exame do recurso extraordinário no que diz respeito à determinação da legislação aplicável à base de cálculo do PIS, considerando a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, visto que tal discussão possui natureza infraconstitucional. Nesse sentido, menciono as seguintes decisões: RE 489.881-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 547.891-AgR-ED/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia.

Isso posto, com base nos precedentes acima mencionados, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), apenas para afastar a aplicação do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 em relação ao PIS. Sem honorários (Súmula 512 do STF). (grifei)

Publique-se.

Brasília, 1º de dezembro de 2009.”

Pode-se observar, portanto, que, conforme vaticinara a Recorrente, sua pretensão, de ver afastada a incidência do PIS/Pasep sobre suas receitas financeiras e de variações cambiais, foi acolhida pela Suprema Corte, o que, ao final das contas, prejudica o conhecimento do Recurso Voluntário.

É que, não obstante a matéria trazida pela Recorrente não tenha sido, de fato, colocada sob o crivo do Poder Judiciário, é totalmente dela dependente, ou seja, somente para o caso de não lhe ter sido favorável o desfecho da ação é que haveríamos de discutir sobre a forma e o tempo de apropriação das receitas financeiras, no caso aquelas decorrentes das variações cambiais.

Em outras palavras, se o Poder Judiciário já firmou posição no sentido de, ao menos sob o regime proposto pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, não permitir a incidência do PIS/Pasep sobre receitas outras que apenas as decorrentes das vendas de mercadorias e de serviços, claro está que as receitas financeiras e as receitas de variação cambial também não podem ser tributadas.

Assim, cabível ao caso a aplicação do enunciado da Súmula Carf nº 1, consolidada nos termos do artigo 2º da Portaria nº 49, de 1º de dezembro de 2010 (DOU 09/12/2010, Seção I, p. 235), segundo o qual "importa em 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".

Juros de Mora e Selic

Claramente fora da discussão submetida ao crivo do Poder Judiciário, de se enfrentar aqui os argumentos da Recorrente quanto à incidência dos juros de mora e quanto à forma de sua apuração.

Ora, consoante bem o explanou a instância de piso o descabimento da incidência de juros moratórios sobre valores não recolhidos ao Erário ou recolhidos em atraso só se aplica quando houver depósitos judiciais, o que não ocorreu no presente caso.

E quanto à impossibilidade de utilização da taxa Selic, vale aqui a aplicação do enunciado da Súmula Carf nº 4, consolidada nos termos do artigo 2º da Portaria nº 49, de 1º de dezembro de 2010 (DOU 09/12/2010, Seção I, p. 235), segundo a qual "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais".

De se negar provimento, pois, ao Recurso Voluntário quanto a essas matérias.

Conclusão

Em face de todo o exposto, não conheço do Recurso Voluntário na parte em que caracterizada a concomitância de objeto, e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, ressalvando à Unidade de origem, para quando da execução deste Julgado, a observância dos termos da decisão judicial transitada em julgado, consoante, inclusive, constou da Certidão nº 60/2010, de 28/05/2010, expedida pelo Fórum Ministro Pedro Lessa, 22ª Vara Federal em São Paulo, apresentada pelo Patrono da Recorrente nesta Sessão.

(assinado digitalmente)

Odassi Guerzoni Filho