



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

Processo n° 19515.002418/2004-11
Recurso n° 261.169 Voluntário
Acórdão n° 3403-00.260 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de março de 2010
Matéria COFINS E PIS
Recorrente AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/06/1998, 31/07/1998, 30/11/1998, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999, 30/09/2001, 30/11/2001, 30/11/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003

COFINS. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8.

Editada a súmula vinculante nº 8 pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo aplicável à Fazenda para providenciar a constituição do crédito tributário passa a ser 05 (cinco) cinco anos, nos moldes do Código Tributário Nacional.

COFINS. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, mantida a majoração da alíquota desta última, o que, nos termos do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, permite a este conselho administrativo aplicar tal entendimento.

DISCUSSÃO DE QUESTÕES ESTRANHAS AO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.

As situações não claramente configuradas no processo não podem ser objeto de exame e julgamento, porquanto não sendo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF órgão de consulta, a ele não compete discutir o direito em tese, devendo se ater aos fatos efetivamente ocorridos e relatados no bojo do processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 30/06/1998, 31/07/1998, 30/11/1998, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999, 30/11/2001, 30/11/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/12/2003

PIS. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8.

Editada a súmula vinculante nº 8 pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo aplicável à Fazenda para providenciar a constituição do crédito tributário passa a ser 05 (cinco) cinco anos, nos moldes do Código Tributário Nacional.

PIS. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, o que, nos termos do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, permite a este conselho administrativo aplicar tal entendimento.

DISCUSSÃO DE QUESTÕES ESTRANHAS AO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.

As situações não claramente configuradas no processo não podem ser objeto de exame e julgamento, porquanto não sendo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF órgão de consulta, a ele não compete discutir o direito em tese, devendo se ater aos fatos efetivamente ocorridos e relatados no bojo do processo administrativo fiscal.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: I) em não tomar conhecimento do recurso quanto à atualização da multa de ofício; e II) na parte conhecida, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Antonio Carlos Atulim - Presidente


Robson José Bayerl - Relator

EDITADO EM 26/04/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim.

Relatório


Alberga este processo autos de infração de Cofins e de PIS/Pasep, este último oriundo de juntada por anexação do processo 19515.002419/2004-66, nos termos da Portaria SRF nº 6.129, de 02/12/2005, envolvendo praticamente os mesmos períodos de apuração, sendo comum a matéria objeto de autuação, qual seja, diferenças entre os valores declarados/pagos e aqueles apurados em sede de verificações preliminares, bem assim, para os períodos março, abril, novembro e dezembro, todos de 1999, a não inclusão na base de cálculo de sobreditas exações das variações cambiais ativas, relativas à posição de juros a pagar sobre empréstimos estrangeiros, registradas nas rubricas contábeis “221110 – Financiamentos Estrangeiros – Controladora – Longo Prazo”, “221210 – Empréstimos a pagar – moeda estrangeira – longo prazo” e “212220 – Juros a pagar – Empréstimos Estrangeiros”.

Apresentada a impugnação o contribuinte informou que reconheceu a procedência das diferenças apuradas posteriormente ao ano-calendário 1999 e efetuou o seu recolhimento, não sendo objeto de recurso, e, quanto à parte remanescente, sustentou, preliminarmente, a decadência do direito de constituir os fatos jurídicos tributários ocorridos até maio/99, uma vez que a ciência da autuação se concretizou em 29/10/2004. No mérito, defendeu que aludidas variações cambiais, por dizerem respeito a contas passivas, representariam redução de passivo e não receita propriamente dita, como entenderam as autoridades lançadoras. Demais disso, ainda que se entendessem tais valores como receita, os mesmos deveriam ser reconhecidos apenas quando da liquidação das operações de câmbio respectivas. Por derradeiro, argumentou sobre a ilegalidade (*rectius* inconstitucionalidade) das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 no arcabouço das contribuições sociais em comento.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ (II) reputou o lançamento procedente e, delimitando a matéria controversa, afastou a alegação de decadência com esteio nas disposições do art. 45 da Lei nº 8.212/91 e, quanto ao mérito, reconheceu a natureza de receita financeira das sobreditas variações cambiais ativas, mesmo que apuradas em contas passivas, o que, por força dos arts. 2º, 3º e 9º da Lei nº 9.718/98 impunha sua apropriação na base de cálculo das exações. Quanto ao pleito de aplicação do regime de caixa para apuração de indigitadas receitas, concluiu que somente a partir de janeiro/2000, com o advento da Medida Provisória nº 1.991-14/00, arts. 30 e 31, foi facultada a opção pelo regime de apuração (caixa ou competência), prevalecendo, até então, exclusivamente o regime de competência.

Inconformado o contribuinte atravessou recurso voluntário onde, grosso modo, reprisa os argumentos já deduzidos na impugnação com enfoque na impossibilidade de tributação das demais receitas antes da edição das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, repetindo os argumentos quanto à decadência, a distinção entre redução de despesas, receitas e ingressos e da impossibilidade de tributação das pretensas receitas antes da liquidação da operação, agregando ao debate um novo tema, qual seja, a impossibilidade de atualização da multa de ofício por ausência de respaldo legal, afirmando genericamente que constatou sua cobrança por parte da RFB, que a tomou como vencida em 30/11/2004.

Na mesma oportunidade noticiou que o período de apuração outubro/1999 fora recolhido antes da apresentação do recurso voluntário.

  3

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, o que impõe seu conhecimento.

A discussão deduzida neste conselho administrativo se restringe à parcela não incluída na base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins das variações cambiais ativas, relacionadas à posição de juros a pagar sobre empréstimos estrangeiros, registradas nas contas “221110 – Financiamentos Estrangeiros – Controladora – Longo Prazo”, “221210 – Empréstimos a pagar – moeda estrangeira – longo prazo” e “212220 – Juros a pagar – Empréstimos Estrangeiros”, nos períodos de apuração março, abril, novembro e dezembro de 1999

Manifesto-me, inicialmente, pela decadência suscitada e, sem maiores rodeios ou delongas, reconheço que assiste razão ao contribuinte, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a alteração envolvendo o prazo decenal estatuído na Lei nº 8.212/91, resolveu a celeuma e pacificou sua posição jurisprudencial editando a súmula vinculante nº 8, cujo verbete se colige: “*são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”.

Considerando que tal ato produz efeitos imediatos sobre os processos administrativos não definitivamente julgados e, ainda, o disposto no art. 103-A, *caput*, da CF/88, que impõe a vinculação dos órgãos da administração pública federal desde a publicação da súmula, imediatamente prevalecem os prazos estabelecidos no Código Tributário Nacional, mormente o art. 150, § 4º, que trata dos denominados “lançamentos por homologação”.

No caso dos autos, tendo em vista o transcurso de período superior ao lustro legal para alguns fatos geradores constituídos nas autuações em testilha, desde a data de sua ocorrência até a ciência do lançamento, e ainda a existência de recolhimentos nestes mesmos períodos, indisputável reconhecer que, à luz do art. 150, § 4º do CTN, os períodos de apuração anteriores a setembro/99 foram alcançados pela decadência, tendo em conta a ciência em 29/10/2004.

Quanto aos períodos de apuração sobejantes, no caso, novembro e dezembro/99, cabe examinar a procedência do lançamento, mais especificamente a possibilidade de tributação das variações cambiais ativas apuradas em contas passivas.

Sob este aspecto, tenho que a decisão recorrida não merece revisão alguma, porque a natureza de receita financeira destas variações ativas é expressamente reconhecida na legislação tributária, a saber: art. 9º da Lei nº 9.718/98, arts. 30 e 31 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 (renumerada MP 1.991-14/00) e arts. 375 e 377 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), como citados naquele julgado.

No entanto, na atual quadra jurisprudencial deste sodalício, uma vez que tais receitas somente foram abarcadas no cálculo por força do conceito estendido de faturamento,

carreado ao sistema normativo pela Lei nº 9.718/98, reconheço como procedente a insurgência do recorrente sob este prisma.

Destarte, é sólida a jurisprudência deste colégio no sentido de rejeitar a possibilidade de altercação, nesta seara, quanto à inconstitucionalidade de normas legais, em razão do princípio da unidade de jurisdição, ainda que *incidenter tantum*, isto é, para o caso concreto submetido a exame, consoante se destaca do verbete da súmula 2º CC nº 2 (“*O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.*”)

Todavia, a Lei nº 11.941/09, alterando a redação de alguns dispositivos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, mitigou o rigor desta regra e excepcionou aquelas situações em que já houvesse decisão plenária de caráter definitivo sobre a matéria em discussão no processo administrativo.

Nesta toada, entendo que o lançamento não pode prosperar quanto a tal alargamento, porquanto, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do assunto e concluiu pela inconstitucionalidade do aludido conceito de faturamento, em manifestação que reproduzo¹:

**BASE DE CÁLCULO DA COFINS E
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI
9.718/98**

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde se vislumbra a definitividade deste posicionamento, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Ressalto, no entanto, pelos próprios termos da aludida manifestação pretoriana, que a majoração de alíquota prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/98, por seu turno, foi considerada constitucional, devendo a posição adotada na predita repercussão geral ser aplicada em sua integralidade.

¹ Página virtual do STF: www.stf.jus.br. Repercussão Geral. Matéria com mérito julgado. Consulta realizada em 23/11/2009.

Com espeque nesta assertiva, tenho como tranqüila a aplicação das disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, incluído pela já citada Lei nº 11.941/2009, assim redigido:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”. (grifado)

Por derradeiro, no que toca à suposta atualização da multa de ofício, defendida como improcedente por falta de base legal, verifico que a alegação é genérica, sem a demonstração cabal de tal ocorrência, fíncada na pressuposição que a Secretaria da Receita Federal do Brasil a tomou como vencida em 30/11/2004.

De fato, observando os extratos do sistema PROFISC verifica-se que o vencimento indicado para a multa de ofício é 30/11/2004, porém, não é menos verdadeiro que tais documentos indicam o saldo da multa no montante exatamente equivalente ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento), sem qualquer referência à atualização destes valores.

À vista destes elementos, tenho por certo que avançar em tal debate, nestas condições, significa discutir o direito em tese, o que não se afigura como atribuição deste Conselho Administrativo, visto que não é órgão de consulta.

Por estas razões, concluo que o pedido de manifestação tocante à impossibilidade de incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício não deve ser conhecido.

Com estes argumentos, voto por não conhecer do pedido em relação à atualização da multa de ofício e, na parte conhecida, dar provimento ao recurso interposto para declarar a decadência dos períodos de apuração anteriores a setembro/1999 e excluir da tributação as receitas financeiras oriundas de variações cambiais ativas, cobradas sob a égide da Lei nº 9.718/98.


Robson José Bayerl

J