



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

Processo nº 19647.006222/2005-81
Recurso nº 137.376 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2102-00.109 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2009
Matéria PIS/COFINS - DECADÊNCIA - BASE DE CÁLCULO
Recorrentes DRJ - RECIFE - PE.
BOMPREÇO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

Ementa: DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

Existindo pagamento antecipado, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, decai em 5 anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador, o direito de a Fazenda Nacional constituir, pelo lançamento, crédito tributário de PIS e de Cofins. Súmula Vinculante nº 8, do STF.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o CARF aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS e da Cofins sobre receitas acrescidas à base de cálculo dessas exações pelo referido dispositivo legal.

PIS NÃO CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. RECEITA TOTAL.

A base de cálculo do PIS não cumulativo é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

PIS NÃO CUMULATIVO. DESPESAS FINANCEIRAS. VARIAÇÃO CAMBIAL PASSIVA. DIRETO AO CRÉDITO.

No período autuado, tem a recorrente direito ao crédito sobre a variação cambial passiva, despesa financeira que é, por equiparação legal.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

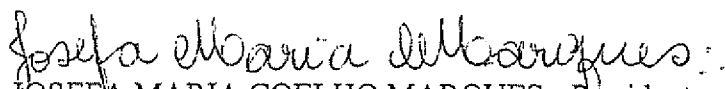
É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA da PRIMEIRA CÂMARA da SEGUNDA SEÇÃO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício. Em dar provimento parcial ao recurso da seguinte forma: I – Por unanimidade para reconhecer a decadência dos períodos de apuração até 05/2000; II – Por unanimidade de votos afastar o alargamento da base de cálculo da 9.718; III – Por maioria de votos retificar o valor da variação cambial equiparada a receita/despesa financeira para excluir da BC parte da VCP não considerada pela Fiscalização, conforme demonstrativo do voto vencedor. Vencido o Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'êça (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Walber José da Silva.


JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente


WALBER JOSÉ DA SILVA – Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Mauricio Taveira e Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Mauricio Taveira e Silva, Alexandre Gomes, José Antonio Francisco e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** (3513/3545 Vol. XVIII) e **Recurso de Ofício** (fls. 3468 – vol. XVIII) contra o v. Acórdão nº 11-16.010 exarado em 14/08/06 (fls. 3466/3487 – vol. XVIII) a pela 2ª Turma da DRJ de Recife-PE que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedentes em parte”, “nos termos do voto da relatora” os seguintes lançamentos originais:

a) **Contribuição para o PIS** (MPF nº 0410100/00862/03 fls. 04/22 – vol. I), notificado em 20/06/05 (fls. 06 vol. I), no valor total de R\$ 28.030.705,67 (PIS R\$ 12.947.974,25; Multa R\$ 9.710.305,48; e Juros R\$ 5.373.325,94), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 28/02/99 a 31/12/03 em razão de “diferença apuradas entre o valor escriturado e declarado” pela exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas contabilizadas (CONTAS: 410710 - RÁDIO BOMPREÇO



RECUPERAÇÃO; 410715 RECUP. DESPESAS - ANIVERSÁRIO HIPER BOMPREGO; 410827 EVENTOS BLOCO PARCERIA; 410840 RECUPERAÇÃO DE CUSTOS LOGÍSTICOS; 410844 RECUPERAÇÃO DE CUSTOS DE PROJ. ARQUITETURA/ENG.; 410845 RECUP. DE DESPESAS-BLOCO DA PARCERIA; 420408 VARIAÇÃO MONETÁRIA PASSIVA, considerados os lançamentos a crédito desta conta efetuados pela empresa — VMA; 420409 VARIAÇÃO CAMBIAL; 420413 VARIAÇÃO CAMBIAL-SWAP; 421010 VARIAÇÃO CAMBIAL LP, existem lançamentos a partir do ano de 2002, e a empresa somente passou a incluí-la na Base de Cálculo do PIS/COFINS nos períodos de apuração do ano de 2003; 430302 CONTRIBUIÇÕES MANTENEDORAS; 430316 RECEITA DE PROMOÇÃO PUBLICIDADE; 430319 RECUP. DE DESPESAS-ENCONTRO CLIENTE BOMPREGO; 430324 ALOCAÇÃO RECEITA DE VENDA DE ESPAÇO; 441010 GANHOS COM CUPONS/CARTÕES TERCEIROS); em razão dos fatos relatados, a d. Fiscalização considerou infringidos os, arts. 2º, inc. I, 8º, inc. I, e 9º, da Lei nº 9.715/98, arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/98, arts. 2º, inc. I, alínea “a” e § único, 3º, 10, 22 e 51 do Dec.º 4.524/02, devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96;

b) COFINS (MPF nº 0410100/00862/03 fls. 1708/1725 – vol. IX), notificado em 20/06/05 (fls. 1710 vol. IX), no valor total de R\$ 85.940.778,50 (COFINS R\$ 38.635.327,81; Multa R\$ 28.976.495,59; e Juros R\$ 18.328.955,10), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 28/02/99 a 31/12/03 em razão de “diferença apuradas entre o valor escriturado e declarado” pela exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas contabilizadas (CONTAS: 410710 - RÁDIO BOMPREGO RECUPERAÇÃO; 410715 RECUP. DESPESAS - ANIVERSÁRIO HIPER BOMPREGO; 410827 EVENTOS BLOCO PARCERIA; 410840 RECUPERAÇÃO DE CUSTOS LOGÍSTICOS; 410844 RECUPERAÇÃO DE CUSTOS DE PROJ. ARQUITETURA/ENG.; 410845 RECUP. DE DESPESAS-BLOCO DA PARCERIA; 420408 VARIAÇÃO MONETÁRIA PASSIVA (considerados os lançamentos a crédito desta conta efetuados pela empresa — VMA); 420409 VARIAÇÃO CAMBIAL; 420413 VARIAÇÃO CAMBIAL-SWAP; 421010 VARIAÇÃO CAMBIAL LP (existem lançamentos a partir do ano de 2002, e a empresa somente passou a incluí-la na Base de Cálculo do PIS/COFINS nos períodos de apuração do ano de 2003); 430302 CONTRIBUIÇÕES MANTENEDORAS; 430316 RECEITA DE PROMOÇÃO PUBLICIDADE; 430319 RECUP. DE DESPESAS-ENCONTRO CLIENTE BOMPREGO; 430324 ALOCAÇÃO RECEITA DE VENDA DE ESPAÇO; 441010 GANHOS COM CUPONS/CARTÕES TERCEIROS – TEAF de fls. 1726/1733 – vol. IX); em razão dos fatos relatados, a d. Fiscalização considerou infringidos o art. 1º da LC nº 70/91, arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MP nº 1.807/99 e reedições, com as alterações da MP nº 1.858/99 e reedições, arts. 2º, inciso II e § único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02 devida a multa de 150% capitulada no art. 44, inciso II, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96; e

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. decisão de fls. 3466/3487 (vol. XVIII) da 2ª Turma da DRJ de Recife-PE, houve por bem “julgar procedentes em parte”, “nos termos do voto da relatora” os seguintes lançamentos originais, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1 999 a 31/12/2003

Liby

[Assinatura]

[Assinatura]

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. Estando os atos administrativos, consubstanciados do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O direito de apurar e constituir o crédito, nos casos de Contribuições Sociais para a Seguridade Social, só se extingue após 10(dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS.

A Base de Cálculo para a COFINS e o PIS incidirá sobre o faturamento do mês, deduzidas as exclusões previstas em lei.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

Ementa: VARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE COMPETÊNCIA

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

RECEITA DA VENDA DE BENS DO ATIVO PERMANENTE (IMOBILIZADO).

Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, excluem-se da receita bruta a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente. Contudo, para os fatos geradores do PIS, na modalidade não-cumulativa, ocorridos em dezembro de 2002 e janeiro de 2003, a receita decorrente da venda de bens do ativo imobilizado da pessoa jurídica integra a respectiva base de cálculo.

RECEITA DA VENDA DE PRODUTOS À ALÍQUOTA ZERO — LEI Nº 10.147/2000.

São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos classificados nas posições descritas no art. 1º da Lei nº 10.147/2000 (produtos farmacêuticos, de toucador ou de higiene pessoal e de perfumaria), devidas pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador dos produtos nele relacionados.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se os juros de mora, com base na taxa SELIC, por expressa previsão legal.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.



Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERÍCIAS. DILIGÊNCIAS

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL PROVAS

As provas devem ser apresentadas na forma e no tempo previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Lançamento Procedente em Parte"

Tendo havido **sucumbência parcial** da Fazenda Pública no valor de R\$ 35.671.232,31, (PIS/COFINS R\$ 20.383.561,32; Multa R\$ 15.287.670,99) superior ao limite de alçada (R\$ 500.000,000 – cf. Portaria MF nº 375 de 07/12/01), o d. Presidente da C. 2ª **Turma da DRJ de Recife - PE interpôs o Recurso de Ofício** (fls. 3468 – vol. XVIII) a este E. Conselho de Contribuintes, como expressamente determinam o **art. 34, do Decreto nº 70.235/72** (com as alterações das Leis nº 8.748/93 e nº 9.532/1997), e o **art. 2º, da Portaria MF nº 375/01**

Em suas razões de Recurso Voluntário (3513/3545 Vol. XVIII) oportunamente apresentadas e instruídas com a Relação de Bens e Direitos para Arrolamento (fls. 1519/1530), a ora Recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve tendo em vista: **a)** preliminarmente, a decadência do direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento, eis que dada ciência da autuação em 20/06/05 não mais poderia ter sido efetuado o lançamento cujo fato gerador supostamente teria ocorrido anteriormente a junho de 2000, eis que os mesmos encontram-se extintos § 4º do art. 150 e art. 156, inc. V do CTN e da Jurisprudência deste Conselho; **b)** no mérito sustenta manifesta ilegitimidade do lançamento sobre o valor das variações monetárias cambiais registradas (contas 420.302, 420.409, 420.413, 420.753, 421.009, 421.010 e 421.020), assim como as recuperações de despesa e os valores recolhidos com o benefício da MP nº 66.02; **c)** a inconstitucionalidade da multa que seria confiscatória; **d)** inexigibilidade da Taxa SELIC.

Submetido o processo a Julgamento, em sessão de 12/02/08, através da Resolução nº 201-00.729 (fls. 3614/3620 vol. XIX) essa C. Câmara acolheu a proposta do inclito Cons. Walber José da Silva, convertendo o processo em diligência para que fossem respondidas as indagações elencadas às fls.3520, respondidos no Relatório de Informação Fiscal de fls. 3614/3629 e documentos de fls. 3630/3760, tendo transcorrido in albis o prazo para manifestação do contribuinte cf. informação de fls. 3761.

Através do r. despacho de fls.3763 o processo foi a mim redistribuído para relatório que dou por encerrado.

[Assinatura]

[Assinatura]

Na sessão do dia 12/02/2008 a Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes converteu o julgamento em diligência, nos termos da Resolução nº 201-00.729, cujo resultado consta do Termo de Informação Fiscal de fls. 3.624/3.629, e seus anexos.

Ciente do resultado da diligência em 15/07/2008, a recorrente não se manifestou, nos termos do despacho de fl. 3.760.

O processo foi encaminhado ao Conselho de Contribuintes e dele teve vista, no dia 23/09/2008, o Conselheiro Relator do voto vencedor da Resolução nº 201-00.729 (fl. 3.762)

Após o prazo concedido para manifestação da recorrente e já tendo o processo retornado ao Conselho de Contribuintes, a recorrente ingressou com a manifestação sobre o resultado da diligência no dia 19/09/2008, formalizada no processo nº 19647.016186/2008-15, juntado ao presente no dia 14/10/2008 (fl. 3.764).

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário (3513/3545 Vol. XVIII) reúne as condições de admissibilidade e, no mérito merece ser provido.

De fato, inicialmente verifico que a conclusão da r. decisão recorrida, quanto à questão da decadência, merece reforma por não se conformar com o que dispõe a Lei Complementar e com a interpretação que lhes empresta a Jurisprudência Judicial e Administrativa.

De fato, solidamente apoiado no princípio constitucional da reserva da lei complementar, o E. STJ recentemente proclamou que “as contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária” e, “por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos”, razões pelas quais aquela E. Corte Superior de Justiça expressamente reconheceu que “padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social” (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no AgRg no REsp nº 616.348-MG, Reg. nº 2003/0229004-0, em sessão de 14/12/04, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, publ. in DJU de 14/02/05 p. 144 e in RDDT vol. 115 p. 164), diferentemente do prazo de quinquenal estabelecido na lei complementar (CTN, arts. 150, § 4º e 173).

Na mesma ordem de idéias, já na interpretação dos dispositivos da lei complementar prevalente, aquela mesma E. Corte Superior de Justiça recentemente esclareceu que “as normas dos artigos 150, § 4º e 173” do CTN “não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos ‘cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa’; o art. 173, ao revés, aplica-se tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento”. Assim, entende aquela E. Corte que “a aplicação



concorrente dos artigos 150, § 4º e 173", a par de ser "juridicamente insustentável" e padecer de invencível "ilogicidade", apresenta-se como "solução (...) deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica" (cf. Ac. da 2ª Turma do STJ no R. Esp. nº 638.962-PR, rel. Min. Luiz Fux, publ. no DJU de 01/08/05 e na RDDT 121/238)

Acolhendo e conformando-se com esses ensinamentos de inegável juridicidade a Jurisprudência desse E. Conselho tem reiteradamente proclamado a inaplicabilidade do art. 45 da Lei 8.212/91 invocado como fundamento da r. decisão recorrida, em razão do que dispõem as normas da Lei Complementar (art. 150, §4º do CTN), como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

"DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO: (...) a regra a ser seguida na contagem do prazo decadencial é a estabelecida no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que é de 5 (cinco) anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador. Da mesma forma, os lançamentos das contribuições sociais que, por se revestirem de natureza tributária, sujeitam-se às regras instituídas por lei complementar (CTN), por expressa previsão constitucional (artigos 146, III, "b" e 149 da CF). Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de decadência para dar provimento ao recurso." (Acórdão nº 101-94.394, da 1ª Câmara do 1º CC - Relator: Raul Pimentel publ. in DOU 1 - 28.01.2004, pág. 9 e in "Jurisprudência-IR anexo ao Bol. IOB nº 11/04)

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRAZO DE DECADÊNCIA DE 10 ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO - ART. 45 DA LEI 8.212/91, DIANTE DO ART. 150, § 4º DO CTN. CSLL de 1997. Preliminar decadência - CSLL - Inaplicabilidade do art. 45 da Lei 8.212/91 frente às normas dispostas no art. 150, §4º do CTN. A partir da Constituição Federal de 1988, as contribuições sociais voltaram a ter natureza jurídico-tributária, aplicando-se-lhes todos os princípios tributários previstos na Constituição (art. 146, III, "b"), e no CTN (arts. 150, §4º e 173)." (cf. Acórdão nº 101-94.602 da 1ª Câm. do 1º CC/MF, publ. no DJ de 28/04/2005 e in RDDT 118/146)

"CSL - Decadência do direito ao crédito tributário - Prazo "(...) LANÇAMENTO - DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - Não se operou a decadência do direito de constituir o crédito tributário em virtude de ter prevalecido o entendimento de se aplicar às contribuições sociais o prazo definido no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, aliado ao prazo definido no artigo 45, inciso I, da Lei nº 8.212/91 (dez anos) Preliminar rejeitada (...)" (cf. Acórdão nº 103-21.255, da 3ª Câm. do 1º CC, Rel. Victor Luis de Salles Freire, publ. in DOU 1 de 24/12/03, pág. 45 e in "Jurisprudência-IR anexo ao Bol. IOB nº 7/04)

"CSLL - Decadência - Caracterização "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - DECADÊNCIA - CÓDIGO

Rodriguez

STJ

US

TRIBUTÁRIO NACIONAL - ART. 150, § 4º - NÃO "APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.212/91. O prazo decadencial das contribuições é o previsto no art. 150, do CTN, pois, em virtude de prescrição constitucional (art. 146, III), trata-se de matéria exclusiva de lei complementar, não podendo ser tocada por lei ordinária. No caso, até o exercício de 1996, pode-se falar em decadência (...). Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Octávio Campos Fischer (Relator). Designado o Conselheiro Natanael Martins para redigir o voto vencedor" (cf. Acórdão nº 107-07049, da 7ª Câm. do 1º CC, Rel. Cons. Natanael Martins; publ. DOU 1 de 10/12/03, pág. 38 e in "Jurisprudência-IR anexo ao Bol. IOB nº 1/04)

Dos preceitos expostos, desde logo verifica-se que os Autos de Infração originais **notificados em 20/06/05**, jamais poderiam abranger operações ocorridas no **período de 02/99 a 05/00**, sobre as quais já se achava extinto o direito da Fazenda Pública de proceder ao lançamento, por se ter consumado o prazo decadencial e a conseqüente extinção do crédito tributário nos expressos termos dos arts. 150, § 4º e 156, inc. V do CTN, impondo-se a exclusão das referidas operações do lançamento, tal como já proclamou a Jurisprudência administrativa e judicial retro citada.

Melhor sorte não está reservada às operações remanescentes, relativas ao período de 06/00 e, portanto, não abrangidas pela decadência.

Realmente, já é do 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 L. 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" (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), anteriormente à EC nº 20/98.

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 ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a 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)

[Assinatura]

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 refugam 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.

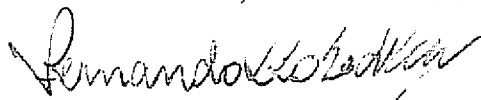
No caso concreto verifica-se que as acusações fiscais do lançamento fiscal excogitado, se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais (“variações cambiais ativas”: contas 420.302, 420.409, 420.413, 420.753, 421.009, 421.010 e 421.020; e “recuperação de despesas”) que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, o que, nos termos da Jurisprudência citada “torna ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação”.

No mais deve ser mantida a r. decisão recorrida

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao **Recurso de Ofício** (fls. 3468 – vol. XVIII), e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao **Recurso Voluntário (1485/1508 Vol. VIII)**, reformando parcialmente a r. decisão de fls. 3466/3487 (vol. XVIII) da 2ª Turma da DRJ de Recife-PE, para proclamar a decadência e a extinção do direito de constituir o crédito tributário em relação às operações ocorridas no período de 02/99 a 05/00, nos expressos termos dos arts. 150, § 4º e 156, inc. V do CTN e, no mérito, julgar improcedente o lançamento, cancelando as exigências relativas a “variações cambiais ativas”(contas 420.302, 420.409, 420.413, 420.753, 421.009, 421.010 e 421.020) e “recuperação de despesas” mantendo no mais a r. decisão recorrida.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2009



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA



Voto Vencedor

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA – Redator Designado

Acompanho o Ilustre Conselheiro Relator quanto ao improvimento do recurso de ofício e, pelas conclusões, quando ao reconhecimento da decadências para os fatos geradores ocorridos até maio de 2000, inclusive, tanto para o PIS como para a Cofins.

Antes de entrar no mérito do recurso voluntário, cabe esclarecer que minhas conclusões foram formadas quando tive vista do autos após a realização da diligência. Portanto, a manifestação extemporânea da recorrente sobre o resultado da diligência não foi considerada neste voto, até porque perempta é.

É incontroverso que o lançamento decorreu da inclusão na base de cálculo da exação, pela Fiscalização, de outras receitas não tributadas pelo PIS e pela Cofins antes da vigência do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, salvo os períodos de apuração citados no corpo deste voto, onde também foi apurado a falta de tributação de receita de venda de mercadorias, como abaixo se verá.

Como alega a recorrente, no dia 09/11/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.480 e 358.273 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou, incidentalmente e por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Por seu turno, o Regimento Interno do CARF (art. 2º da Portaria MF nº 41/2009), em seu art. 49, inciso I, autoriza expressamente este Colegiado afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto *“que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”*.

No caso concreto, não há outra solução a não ser cumprir a determinação regimental e excluir as demais receitas, incluídas na base de cálculo do PIS e da Cofins (cumulativos) pelo dispositivo da Lei nº 9.718/98 declarado inconstitucional pelo STF, o que acarreta o cancelamento dos créditos tributários lançados (PIS até o PA 11/02), exceto os períodos abaixo indicado, cuja diferença refere-se a receita de venda de mercadorias não incluídas pela recorrente na base de cálculo das exações e apuradas pela Fiscalização.

1- Crédito Tributário do PIS Cumulativo Mantido

PA	VR DEVIDO	VR PAGO/DCL	DIF. MANTIDA
02/02	933.219,89	932.363,19	856,70
09/02	974.290,62	927.352,64	46.937,98

2- Crédito Tributário da Cofins Cumulativa Mantido

PA	VR DEVIDO	VR PAGO/DCL	DIF. MANTIDA
02/02	4.307.168,94	4.303.216,64	3.921,10



09/02	4.496.725,97	4.280.089,10	216.636,87
12/02	7.006.502,50	6.229.549,64	776.952,86
01/03	4.711.013,04	4.061.451,31	649.561,73
02/03	4.701.309,52	4.003.293,45	698.016,07

Relativamente ao PIS não-cumulativo objeto da autuação, não há reparos a fazer na decisão recorrida, exceto em relação às variações cambiais ativas e passivas, equiparadas a receita e despesa financeira, respectivamente.

As demais receitas, como bem disse a decisão recorrida, integram a base de cálculo do PIS a partir do período de apuração de dezembro de 2002.

Quanto ao tratamento tributário dado pela Fiscalização às receita de Variação Cambial Ativa e às despesas de Variação Cambial Passiva, entendo que merece reparos porque a Fiscalização excluiu da base de cálculo a VCP quando esta era inferior à VCA, tributando apenas o saldo da VCA, deixando, no entanto, de excluir da base de cálculo o valor da VCP quando esta era superior ao valor da VCA.

A legislação do PIS não-cumulativo vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (Lei nº 10.637/02, art. 3º, inciso V – redação original) autorizava o crédito sobre as despesas financeiras. Portanto, na apuração da base de cálculo deve ser excluído o valor do saldo VCP, despesa financeira que é, por equiparação (art. 9º da Lei nº 9.718/98, c/c art. 30, e § 1º, da MP nº 2.158-35/01 e art. 63, II, c, do Regulamento PIS Cofins), conforme abaixo se demonstra.

APURAÇÃO DO VALOR LÍQUIDO DA VARIAÇÃO CAMBIAL

PA	Conta 420302		Conta 420409		Conta 420413		Conta 421010		TOTAL LÍQUIDO	
	VCP	VCA	VCP	VCA	VCP	VCA	VCP	VCA	VCP	VCA
12/02		828.561,99		5.665.739,50	8.379.320,81		619.891,29		2.504.910,61	
01/03		247.810,03	4.283.100,40			3.824.185,24	44.981,39		256.086,52	
02/03	279.904,74		2.981.903,07			3.748.434,58		224.562,20		711.188,97
03/03		1.371.888,72		18.330.419,89	22.924.429,64		1.264.195,98		4.486.317,01	
04/03		2.996.527,00		41.753.821,44	50.124.812,18		2.784.865,92		8.159.329,66	
05/03	447.464,56		6.688.217,33			8.245.026,01		462.738,72		1.572.082,84
06/03		495.664,81		8.458.481,28	10.136.487,21		569.652,48		1.751.993,60	
07/03	456.247,71		8.133.726,87			9.620.614,03		570.053,68		1.600.693,13
08/03	60.237,49		110.142,77			180.955,45		5.990,47		16.565,66
09/03		287.888,27		3.670.637,42	4.431.984,78		262.828,71		736.287,80	
10/03		18.189,24		5.692.856,94	6.476.545,68		409.974,15		1.175.473,65	
11/03	36.744,02		7.875.693,85			8.706.749,18		571.346,34		1.365.657,65
12/03		5.837,58		5.136.820,87	5.474.742,11		370.223,00		702.306,66	

DEMONSTRATIVO DO VALOR PIS NC EXONERADO

PA	(A) VCA Lançada	(B) Valor Líquido da VC (*)	(C) = A - B - Valor a Excluir da BC	Valor do PIS NC a Excluir do AI
12/02	6.498.396,09	(2.504.910,61)	9.003.306,70	148.554,56
01/03	4.541.472,67	(256.086,52)	4.797.559,19	79.159,72
02/03	4.110.494,79	711.188,97	3.399.305,82	56.088,54
03/03	19.844.229,84	(4.486.317,01)	24.330.546,85	401.454,02
04/03	45.078.003,44	(8.159.329,66)	53.237.333,10	878.415,99
05/03	8.712.257,67	1.572.082,84	7.140.174,83	117.812,88
06/03	8.955.808,02	(1.751.993,60)	10.707.801,62	176.678,72
07/03	10.222.102,16	1.600.693,13	8.621.409,03	142.253,24
08/03	186.945,92	16.565,66	170.380,26	2.811,27
09/03	3.998.910,15	(736.287,80)	4.735.197,95	78.130,76
10/03	5.745.333,84	(1.175.473,65)	6.920.807,49	114.193,32
11/03	9.319.083,69	1.365.657,65	7.953.426,04	131.231,52
12/03	5.197.195,04	(702.306,66)	5.899.501,70	97.341,77

(*) - Somatório (VCA-VCP) lançadas mensalmente nas contas 420302, 420209, 420413 e 421010, apurado acima

DEMONSTRATIVO DO VALOR DO PIS NC MANTIDO

PA	(A) Valor Lançado	(B) Valor Exonerado	(C) = A - B - Valor Mantido
12/02	806.261,37	148.554,56	657.706,81
01/03	624.825,61	79.159,72	545.665,89
02/03	468.955,82	56.088,54	412.867,28
03/03	862.756,19	401.454,02	461.302,17
04/03	1.305.522,91	878.415,99	427.106,92
05/03	472.897,73	117.812,88	355.084,85
06/03	502.067,43	176.678,72	325.388,71
07/03	515.688,61	142.253,24	373.435,37
08/03	385.265,79	2.811,27	382.454,52
09/03	470.720,87	78.130,76	392.590,11
10/03	568.289,77	114.193,32	454.096,45
11/03	581.970,96	131.231,52	450.739,44
12/03	495.671,69	97.341,77	398.329,92

Com relação ao percentual da multa de ofício lançada, não cabe à autoridade administrativa conhecer as alegações relativas ao seu caráter confiscatório (exorbitante) por absoluta falta de competência, a teor dos arts. 97 e 102 da CF/88. Os juízos quanto ao princípio do não-confisco tributário e da proporcionalidade da reprimenda em relação à falta têm como destinatário imediato o legislador ordinário e não autoridade administrativa. Estando o percentual da multa fixado em lei, cabe à Administração apenas velar pelo seu fiel cumprimento. No caso em tela, a multa de ofício aplicada foi a prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96¹.

¹ Art. 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

[Assinatura]

[Assinatura]

Com relação à utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, o Segundo Conselho de Contribuinte firmou entendimento de que a mesma é cabível, a teor da Súmula nº 3 (DOU de 26/09/2007), de adoção obrigatória pelo CARF (art. 2º da Portaria MF nº 41/2009), abaixo reproduzida:

“Súmula nº 3 - 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”.

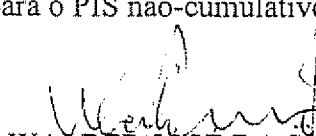
Por último, a recorrente alega que deveriam ser alocados os pagamentos realizados com os benefícios da MP 66/02. Tais pagamentos se referem a fatos geradores ocorridos até 04/02 e, nesse período, foi mantido crédito apenas do mês de fevereiro de 2002. Em relação a esse período de apuração (02/02) a alocação de pagamentos deve seguir as regras próprias para esse procedimento, não sendo este Colegiado competente para efetuar a referida alocação.

Por tais razões, que reputo suficientes ao deslinde, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para:

(i) excluir da tributação do PIS cumulativo e da Cofins cumulativa as receitas acrescidas à base de cálculo das mesmas pelo § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

(ii) reconhecer o direito ao crédito relativo à Variação Cambial Passiva, equiparada à despesa financeira, na forma e no valor apurado no corpo deste voto, e relativo ao PIS não-cumulativo;

(iii) manter, nos períodos de apuração e valores indicados no corpo do voto, o lançamento em relação à receita de venda de mercadorias e serviços (período cumulativo) e às demais receitas para o PIS não-cumulativo.


WALBER JOSÉ DA SILVA

