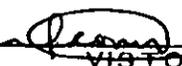




Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
De 28 / 07 / 04  
  
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

Recorrente : CIA. METALIC NORDESTE

Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

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

**Preliminar rejeitada.**

**COFINS.BASE DE CÁLCULO.** A base de cálculo da contribuição é o faturamento, entendido como a receita bruta da empresa, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a sua classificação contábil, com as hipóteses de exclusão previstas em Lei.

**AÇÃO JUDICIAL.LIMINAR.SENTENÇA.** Fica sem efeito a liminar concedida, quando denegado o mandado de segurança pela sentença, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

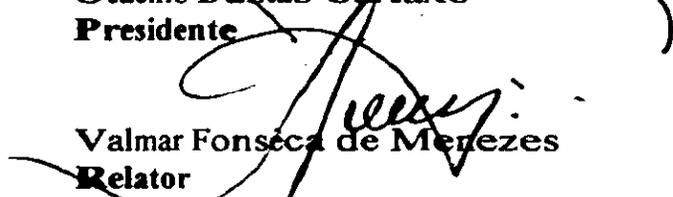
**Recurso ao qual se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CIA. METALIC NORDESTE.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Mauro Wasilewski, César Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003

  
Otacílio Dantas Cartaxo  
Presidente

  
Valmar Fonseca de Menezes  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento as Conselheiras Maria Cristina Roza da Costa e Luciana Pato Peçanha Martins.



**Processo nº** : 10380.013140/2002-44  
**Recurso nº** : 123.826  
**Acórdão nº** : 203-09.336

**Recorrente** : CIA. METALIC NORDESTE

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Contra o sujeito passivo acima identificado foi lavrado o Auto de Infração da **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS**, fls. 04/15, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de **R\$10.986.885,28**, incluindo encargos legais.

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores recolhidos e os efetivamente escriturados pela contribuinte em seus livros contábeis, referente ao período compreendido entre fevereiro de 1999 a junho de 2002, fato ratificado pelo demonstrativo das bases de cálculo elaborado pelo sujeito passivo, onde se verifica que a COFINS não está sendo recolhida mensalmente pelos valores devidos, nos termos da legislação vigente.

O feito fiscal decorre do fato de a contribuinte não estar recolhendo mensalmente os valores devidos da COFINS, em observância ao que determina a Lei nº 9.718/98, no que tange à majoração da alíquota, bem como da apuração de sua efetiva base de cálculo, onde deveria estar incluída a totalidade das receitas auferidas pela empresa, sendo lançados os créditos tributários declarados em DCTFs com exigibilidade suspensa.

Tendo em vista a Sentença nº 333/201 (fls. 28/34), prolatada pelo Juiz da 6ª Vara da Justiça Federal do Ceará, em 14.05.2001, denegando a segurança impetrada com a revogação da liminar concedida ao impetrante, procedeu-se ao lançamento sem a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em estrita observância ao art. 151 do Código Tributário Nacional - CTN.

Enquadramento Legal: art. 77, inciso III, do Decreto-lei nº 5.844/43; art. 149 da Lei nº 5.172/66; art. 1º da Lei Complementar nº 70/91 e arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

Inconformada com a exigência, da qual tomou ciência em 04.10.2002, por meio de Aviso de Recebimento - AR (fls. 17), a contribuinte apresentou impugnação, em 22/10/2002 (fls. 134/161), fundamentando sua defesa nos argumentos abaixo elencados:

- durante a fiscalização a contribuinte exibiu todos os comprovantes de cálculo e recolhimento da exação fiscal, que tiveram por base de cálculo o faturamento, ou



**Processo nº** : 10380.013140/2002-44  
**Recurso nº** : 123.826  
**Acórdão nº** : 203-09.336

seja, a receita bruta definida pelo Decreto-lei nº 2.397/87 e sob a alíquota de 2% prevista na Lei Complementar nº 70/91;

- exibiu, ainda, cópia da sentença proferida no Mandado de Segurança impetrado perante a 6ª Vara da Justiça Federal em Fortaleza que denegou a segurança, cassando a liminar anteriormente concedida, bem como do despacho que recebeu a apelação em seu duplo efeito, ou seja, devolutivo e suspensivo da decisão recorrida;

- o recebimento da apelação com duplo efeito assegura à contribuinte o direito de continuar recolhendo a COFINS calculada sobre o faturamento e pela alíquota de 2%, nos termos da Lei Complementar nº 70/91. No entanto, a fiscalização efetuou o lançamento sem a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e com a aplicação da multa de ofício;

- em que pese o poder/dever de a autoridade fazendária constituir o crédito para evitar a decadência, o mesmo não poderia sofrer a incidência da multa de ofício, conforme dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430/96;

- o mandado de segurança (Proc. nº 99.8269-6) foi ajuizado em 20.04.1999 e a medida liminar concedida em 04.08.1999, antes do início do procedimento fiscal. Embora tenha a sentença cassado a liminar, o recurso de apelação foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, de modo que a medida liminar continua eficaz e válida, não podendo a fiscalização constituir o crédito com a multa de ofício de 75% nem considerar que sua exigibilidade não está suspensa. Neste sentido, traz à colação julgados do Conselho de Contribuintes;

- a partir de fevereiro de 1999, com a entrada em vigor da Lei nº 9.718/98, na interpretação do Fisco Federal, passaram a compor a base de cálculo da COFINS e do PIS, as receitas decorrentes de empréstimos e/ou financiamentos geradores de obrigações em moeda estrangeira;

- sendo a impugnante pessoa jurídica que possui débitos em moeda estrangeira e ocorrendo em determinado mês, entre a data em que o débito foi contraído (contabilizado pelo regime de competência) e a data da sua liquidação, uma diminuição da moeda estrangeira, a autoridade autuante incluiu na base de cálculo da COFINS meros reflexos positivos/ativos (receitas fictícias) decorrentes da conversão de moeda estrangeira para a moeda "Real";

- faz uma análise do art. 9º da Lei nº 9.718/98, no que diz respeito à variação cambial para fins de inclusão, ou não, na base de cálculo da COFINS, e ao final conclui que a diferença de variação cambial não configura efetiva receita auferida nem faturamento, não estando, portanto, sujeita à COFINS;

- neste sentido, transcreve às fls. 149/152 da impugnação, despacho proferido, em caso análogo, pelo Desembargador Federal do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Dr. Ricardo Regeuira;



Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

- afirma não incidir a COFINS sobre o incentivo denominado Provim, haja vista não se constituir receita;
- há uma norma estadual criando um regime tributário relativo ao ICMS, dando competência à Administração Estadual para mediante contrato tornar menos oneroso esse tributo;
- evidentemente, se o Estado contrata com a contribuinte um regime menos oneroso, previsto em lei, não há que se cogitar de receita da contribuinte nem de favor fiscal, até porque, no contrato, o contribuinte tem o ônus a cumprir, isto é, condições contratuais onerosas a serem atendidas;
- o contrato celebrado entre o Estado e a contribuinte, com amparo legal, constitui norma jurídica individual entre as partes contratantes, com eficácia de lei;
- não há que se falar em receita da contribuinte, mas sim de um regime tributário menos oneroso, com obrigação de pagar em prazo diferido o que, por óbvio, é diferente de receita;
- computar o Provim como receita é incidir em bitributação, pois o imposto a pagar é oriundo do faturamento, sobre o qual já incidiu a COFINS e o PIS;
- faz um longo arrazoado às fls. 153/160, para ao final concluir pela ilegalidade dos juros de mora com base na taxa SELIC na correção dos débitos tributários.

Diante do exposto, pede e espera a autuada que seja: i) determinada a exclusão da multa e a suspensão da exigibilidade do crédito, já que o recurso de apelação da impugnante foi recebido no duplo efeito, ficando mantido os efeitos da liminar anteriormente concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.8269-9; ii) excluída da base de cálculo da COFINS as variações cambiais ativas por não corresponderem a verdadeiras receitas, tratando-se de receitas 'fictas', bem como o incentivo denominado Provim; iii) afastada a incidência da Taxa Selic.”

adiante: A DRJ em Fortaleza - CE proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

“Assunto: **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins**  
Período de apuração: **01/02/1999 a 30/06/2002**

Ementa: **Renúncia às instâncias administrativas**

A opção pela via judicial importa renúncia às instâncias administrativas, não cabendo conhecer das razões de defesa quanto à matéria sob o crivo do Poder Judiciário.



Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

A propositura de ação judicial afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada.

**Sentença Denegatória de Segurança. Revogação de Liminar. Efeitos.**

A sentença denegatória de segurança, sendo declaratória negativa, tem efeitos *ex tunc*, fazendo desaparecer, em consequência, a suspensividade da exigência do crédito tributário autorizada em medida liminar.

Assunto: **Normas Gerais de Direito Tributário**

Período de apuração: **01/02/1999 a 30/06/2002**

Ementa: **Juros de Mora. Taxa Selic**

A exigência de juros de mora com base na Taxa Selic está em total consonância com o Código Tributário Nacional, haja vista a existência de leis ordinárias que expressamente a determinam.

**Inconstitucionalidade de Leis**

Compete ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis, porque se presumem constitucionais todos os atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, cabe à autoridade administrativa apenas promover a aplicação das Leis nos estritos limites de seu conteúdo.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, resumidos a seguir.

- obteve liminar em Mandado de Segurança, concedida em data anterior ao início do procedimento fiscal. Embora tenha sido cassada por sentença, o correspondente recurso de apelação foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, o que implica em que os efeitos da liminar se restauram. Por consequência, deve ser cancelada a multa de ofício, devendo o lançamento ser destinado apenas a prevenir a decadência, conforme o artigo 63 da Lei nº 9.430/96;
- não houve renúncia à esfera administrativa, por que na esfera judicial se discute se a Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, enquanto que neste processo se impugna o fato de que algumas despesas sejam entendidas pela fiscalização como receitas, quais sejam, as receitas oriundas da variação cambial e os ingressos decorrentes de subvenção do governo do Estado do Ceará (PROVIM); e
- a taxa SELIC é inconstitucional.

É o relatório.



Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Analisando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos o que segue:

I. DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III, "b", da Carta Magna.

Neste mesmo sentido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

*"5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprivação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal argüição.*

*5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos*



**Processo nº** : 10380.013140/2002-44  
**Recurso nº** : 123.826  
**Acórdão nº** : 203-09.336

*Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.*

*5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI). ”*

**Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário. Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.**

## **2. DO MÉRITO:**

### **2.1. DA INCLUSÃO DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS E DO PROVIM, NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO:**

A autuação foi procedida em relação a fatos geradores ocorridos sob a égide da Lei 9.718/98, que assim dispôs:

*“Art 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.*

*Art 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.*

*§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.*

*§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*

*I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;*

*II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos*



Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

*avaliados pelo curso de aquisição, que tenham sido computados como receita;*

*III - os valores que, computados como receita, tenha sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo.*

*IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.*

*§ 3º Nas operações realizadas em mercados futuros, considera-se receita bruta o resultado positivo dos ajustes diários ocorridos no mês.*

*§ 4º Nas operações de câmbio, realizadas por instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil, considera-se receita bruta a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira.*

*§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.*

*(...)"*

A Medida Provisória 1.807, de 17 de junho de 1999, e suas reedições, inclusive a de no. 2.158/2001, trataram da isenção da contribuição, da seguinte forma:

*"Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:*

*I - dos recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista;*

*II - da exportação de mercadorias para o exterior;*

*III - dos serviços prestados a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas;*

*IV - do fornecimento de mercadorias ou serviços para uso ou consumo de bordo em embarcações e aeronaves em tráfego internacional, quando o pagamento for efetuado em moeda conversível;*

*V - do transporte internacional de cargas ou passageiros;*

*VI - auferidas pelos estaleiros navais brasileiros nas atividades de construção, conservação modernização, conversão e reparo de embarcações pré-registradas ou registradas no Registro Especial Brasileiro - REB, instituído pela Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997;*



Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

*VII - de frete de mercadorias transportadas entre o País e o exterior pelas embarcações registradas no REB, de que trata o art. 11 da Lei nº 9.432, de 1997;*

*VIII - de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras nos termos do Decreto-lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior;*

*IX - de vendas , com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio;*

*X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13."*

Ao contrário do que entende a recorrente, os ingressos correspondentes ao "PROVIM" – subvenções do governo do Estado do Ceará - não estão legalmente excluídos da base de cálculo da Cofins, se constituindo em receita bruta conforme contido na Legislação supracitada e não estando incluídas nas hipóteses de isenção nela previstas.

Cabe ressaltar que ao interpretar a Legislação concernente à isenção, deve ser obedecido o critério da literalidade, em estrita obediência ao Código Tributário Nacional, em seu artigo 111, *in verbis*:

*"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

*II - outorga de isenção;*

*III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."*

Acresça-se , ainda:

A receita bruta de vendas nas exportações de produtos manufaturados nacionais deve ser determinada , pela conversão, em moeda nacional, de seu valor expresso em moeda estrangeira à taxa de câmbio fixada no boletim de abertura pelo Banco Central do Brasil, para compra, em vigor na data de embarque dos produtos para o exterior, como entendida a data averbada, pela autoridade competente, na Guia de Exportação ou documento equivalente, conforme disposto na Portaria Ministerial MF no. 356/88.

A Instrução Normativa no. 51/78 e ADN no. 19/81, determinam que devem ser adicionados à receita bruta o crédito prêmio de IPI decorrente de exportação incentivada, muito embora que o lucro de exploração correspondente a estas receitas seja isento de imposto de renda.



Processo nº : 10380.013140/2002-44  
Recurso nº : 123.826  
Acórdão nº : 203-09.336

Conforme a mesma Portaria, as diferenças decorrentes de alteração de taxa de câmbio, entre a data de fechamento do contrato de câmbio e a data de embarque, devem ser consideradas como variações monetárias ativas ou passivas.

As variações monetárias são atualizações dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, sempre que referidas atualizações não forem prefixadas, mas sim determinadas posteriormente em função da taxa de câmbio ou de índices ou de coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, segundo o artigo 9º da Lei 9.718/98.

## 2.2. DA MULTA APLICADA E DOS EFEITOS SUSPENSIVOS DA APELAÇÃO:

Da análise dos autos, depreende-se que, quando da lavratura do auto de infração, a liminar anteriormente concedida já havia sido revogada por força da sentença proferida.

Em que pesem as alegações acerca dos efeitos suspensivo e devolutivo, trazidas à lume pela recorrente, entendo que a liminar não foi restaurada por ocasião da sentença; à época da autuação, não existia mais a liminar, mas a sentença proferida.

Neste sentido, dispõe a Súmula 405 do STF, *in verbis*:

*"Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária".*

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade – referente à taxa SELIC – para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003.

  
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES