



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

Processo nº 10675.001261/2004-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3802-002.509 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 25 de março de 2014
Matéria PIS/PASEP
Recorrente PRODUTOS ERLAN LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

PRAZO. RESTITUIÇÃO.

Por conta da decisão proferida pelo STF (RE 566.621), é obrigatória a observância das disposições nele contida sobre prescrição expressas no Código Tributário Nacional, que *mutatis mutandis*, devem ser aplicadas aos pedidos de restituição de tributos formulados na via administrativa. Assim, para os pedidos efetuados antes de 09/06/2005 deve prevalecer a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que o prazo era de 10 anos contados do seu fato gerador; já para os pedidos administrativos formulados após 09/06/2005 devem sujeitar-se à contagem de prazo trazida pela LC 118/05, ou seja, cinco anos a contar do pagamento antecipado de que trata o parágrafo 1º do artigo 150 do CTN.

NORMAS REGIMENTAIS. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO CONTEÚDO DE DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RITO DO ART. 543-C DO CPC.

De acordo com o art. 62-A do Regimento Interno do CARF, “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

VARIAÇÃO CAMBIAL

A base de cálculo do PIS é o faturamento, compreendendo a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Incabível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, tendo em vista que o referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Quanto às variações monetárias ativas, não obstante o artigo 9º da Lei nº 9.718/98 as considere como fazendo parte da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, classificando-as também como receitas ou despesas financeiras, malgrado tal dispositivo não ter sido expressamente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo perdeu também sua aplicabilidade por ser incompatível com o entendimento por conta do afastamento do §1º do artigo 3º da mesma Lei, que trouxe como consequência, para a base de cálculo das referidas contribuições, o restabelecimento do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, que não contempla na sua composição, para as empresas de natureza comercial, as receitas classificadas como financeiras. Recurso ao qual se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mércia Helena Trajano D’Amorim, Francisco José Barroso Rios, Solon Sehn, Waldir Navarro Bezerra, Bruno Maurício Macedo Curi e Cláudio Augusto Gonçalves Pereira.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora/MG.

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

“O interessado apresentou Pedido de Restituição de PIS/Pasep relativo aos períodos de apuração 02/1999 a 05/2003, referentes a pagamentos efetuados a maior, em função da inclusão de variação cambial na base de cálculo da contribuição (fls 01 e seguintes);

A DRF-Uberlândia/MG emitiu Despacho Decisório nº 1.181/2008, no qual não reconhece o direito creditório requerido, sob o argumento de extinção do direito de pleitear restituição e legalidade da cobrança (fls. 35 e seguintes);

A empresa apresenta manifestação de inconformidade (fls. 48 e seguintes), na qual alega que:

para os tributos cujo lançamento é por homologação o prazo para pedido de restituição é de 10 anos (cinco mais cinco), sendo que a LC 118/05 não pode ser aplicada retroativamente;

no regime de competência deve-se incluir na base de cálculo da contribuição a variação cambial positiva, enquanto não existe previsão legal para deduzir tal variação, se negativa;

É o breve relatório.”

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/JFA nº 09-22.002, de 18/12/2008, proferida pelos membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em, Juiz de Fora/MG, cuja ementa dispõe, *verbis*:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

RESTITUIÇÃO O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

PIS/PASEP - COFINS. BASE DE CÁLCULO

As variações cambiais integram a base de cálculo das contribuições por determinação legal.

Solicitação Indeferida.

O julgamento foi pela improcedência da manifestação de inconformidade, no sentido de manter a não homologação da compensação.

Regularmente cientificado do Acórdão proferido, o Contribuinte, tempestivamente, protocolizou o Recurso Voluntário, no qual, reproduz as razões de defesa constantes em sua peça impugnatória.

Argumenta, que a variação cambial passiva, quer positiva, quer negativa, não poderá ser considerado receita, uma vez que sempre estará vinculada ao passivo, não representando ganho.

Tendo em vista que o cerne da divergência entre a Recorrente e a decisão recorrida refere-se à inclusão da variação cambial na base de cálculo do PIS e da COFINS. Trata-se de matéria cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 638.710. Confira-se:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.710 RIO GRANDE DO SUL RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA RECTE.(S) :UNIÃO **PROC.(A/S)(ES):**PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL **RECDO.(A/S):**MASTER SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA E OUTRO(A/S)*

***ADV.(A/S):**JOÃO JOAQUIM MARTINELLI **DECISÃO:** O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o **RE 540.410-QQ**, rel. min. Cezar Peluso, acolheu questão de ordem no sentido de “determinar a devolução dos autos, e de todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria, ao Tribunal de origem, para os fins do art. 543-B do CPC” (Informativo 516, de 27.08.2008).*

Decidiu-se, então, que o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil também se aplica aos recursos interpostos de acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 cujo conteúdo verse sobre tema em que a repercussão geral tenha sido reconhecida.

*No presente caso, o recurso extraordinário trata sobre temas (termo a quo do prazo prescricional da ação de repetição de indébito relativa a tributos sujeitos a lançamento por homologação - arts. 3º e 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005; exportação - incidência do PIS e da COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva - **Temas 4 e 329**) em que a repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (**RE 566.621-RG** e **RE 627.815-RG**, rel. min. Ellen Gracie).*

Do exposto, nos termos do art. 328 do RISTF (na redação dada pela Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no art. 543-B e parágrafos do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Brasília, 4 de outubro de 2012.

Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator

Considerando que o Supremo Tribunal Federal determinou expressamente o sobrestamento de todos os recursos sobre o tema, foi aplicado o art. 62-A, §1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 2009, e alterações posteriores, bem como o art. 2º, § 2º, I, da Portaria CARF nº 001 de 2012, para sobrestar o presente recurso voluntário até que esteja transitado em julgado o acórdão a ser proferido no recurso extraordinário acima mencionado, os autos foram sobrestados através de Resolução.

Por conta da sustação do julgamento pelo CARF, tal providência estava amparada pelos §§ 1º e 2º do artigo 62-A do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012. Todavia, tais dispositivos foram posteriormente revogados pela Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, de sorte que não há mais necessidade de se sobrestarem os processos ainda que os recursos extraordinários tenham sido sobrestados pelo STF.

Desde a publicação da Portaria MF nº 545, de 20/11/2013, é passível o julgamento.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de pedido de Restituição do PIS relativo aos períodos de apuração 02/1999 a 05/2003, efetuado em **12/04/2004**, em função de pagamento a

maior por conta da inclusão da variação cambial na sua base de cálculo. Anexa planilhas às fls. 10 a 12 (pdf).

Inicialmente, em sede de **preliminar**, analiso a questão do prazo para pleitear o seu pedido de restituição.

Ressalto, que esta conselheira votava no sentido que prazo para que o sujeito passivo exerça seu direito de requerer a restituição de valores que comprove terem sido recolhidos a maior ou indevidamente é aquele expresso no inciso I do artigo 168, combinado com o inciso I artigo 165, do CTN, ou seja, o pedido deveria ser formulado no prazo máximo de 5 anos a contar do pagamento indevido ou a maior, inclusive no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como a COFINS e o PIS, que se extinguem com o pagamento antecipado por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 150.

Como sabemos, o legislador, com intuito de interpretar o artigo 168, I do CTN, em 09 de fevereiro de 2005, por meio da Lei Complementar nº 118, explicitou sua vigência no tempo:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do artigo 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o parágrafo 1º do artigo 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.

No entanto, o STF – Supremo Tribunal Federal – ao julgar o RE 566.621, relatada pela Ministra Ellen Gracie, reconheceu a inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da LC no. 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Por conseguinte, para as ações ajuizadas anteriormente a esta data (09/06/2005), o STF decidiu que “quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, §4º, 156, VII, e 168, I, do CTN”

Foi reconhecida a Repercussão Geral, devendo ser aplicado, portanto, o artigo 543-B, parágrafo 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Assim sendo, por conta da decisão proferida no RE 566.621, é obrigatória a observância das disposições nele contida sobre prescrição expressas no Código Tributário Nacional, que devem ser aplicadas aos pedidos de restituição de tributos formulados na via administrativa. Assim, para os pedidos efetuados antes de 09/06/2005 deve prevalecer a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que o prazo era de 10 anos contados do seu fato gerador; os pedidos administrativos formulados após 09/06/2005 devem sujeitar-se à contagem de prazo trazida pela LC 118/05, ou seja, cinco anos a contar do pagamento antecipado de que trata o parágrafo 1º do artigo 150 do CTN.

Diante do exposto, tendo em vista, pedido de restituição/compensação em **12/04/2004** (antes de 09/06/2005), então o comando do prazo é de 10 anos, portanto, logo, acobertando os pagamentos dos períodos de apuração **02/99 a 06/2003**. Portanto, afastada a preliminar de decadência.

Quanto ao Mérito

De acordo com o relatório, a questão material posta em discussão diz respeito à incidência ou não do PIS sobre variações monetárias ativas nos ano-calendários de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003 (período misto).

A recorrente afirma que na consecução de suas atividades, a empresa efetua vendas a empresas sediadas no exterior, bem como contrai empréstimos em moeda estrangeira.

No tocante à análise de mérito da questão de não tributação das receitas advindas de variação cambial, adoto voto nesta parte do Conselheiro Francisco José Barroso, no processo de nº 18471.001759/2003-80, da empresa Aeroleo Táxi Aéreo S A, acórdão de nº 3802-00.762, nos termos abaixo:

A decisão recorrida manteve o lançamento com base no conceito ampliado de faturamento constante da Lei nº 9.718/98, especialmente em seu artigo 9º, o qual é taxativo quando considera como receitas ou despesas financeiras as variações monetárias dos direitos de crédito das obrigações do contribuinte em função da taxa de câmbio.

Delineado o âmbito da discussão objeto do litígio, passemos ao seu exame.

Da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e de sua consequência para a lide

Como se sabe, o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS. O aumento da carga tributária daí decorrente foi veementemente contestado na justiça, tendo o Poder Judiciário, por diversas vezes, entendido que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional – EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional” (Ag.Reg. RE 546.327-3/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Assim, entendeu o Poder Judiciário que o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ao alargar o conceito de faturamento, criara exação nova, assunto o qual deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, o alargamento da base de cálculo objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP nº 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, apreciado pelo pleno em 09/11/2005, decidiu no seguinte sentido (relator Ministro Marco Aurélio):

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobreposição ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

A decisão teve a seguinte votação:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie Plenário, 09.11.2005.

Posteriormente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235-1/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa do acórdão em tela, que teve a relatoria do Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Em função disso, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria PGFN nº 294, de março de 2010, dispensou os Procuradores da Fazenda Nacional de apresentar contestação e de interpor recursos, dentre outras hipóteses, em relação à discriminada no inciso V de seu artigo 1º,

segundo a qual: “V – quando a demanda e/ou a decisão tratar de questão já definida, pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede de julgamento realizado na forma dos arts. 543-B e 543-C do CPC, respectivamente”. O artigo 543-B do CPC trata, justamente, da análise da repercussão geral.

E segundo o artigo 62-A do RICARF (inserido pela Portaria MF nº 586/2010),

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, há que se analisar a querela diante da atual realidade, que requer seja considerado o afastamento do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, em vista de sua declarada inconstitucionalidade pelo STF. Sobre tal dispositivo, vale ressaltar, a título de informação, que o mesmo foi posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

*Com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o STF entendeu que o PIS e a COFINS **somente poderiam incidir sobre as receitas operacionais das empresas**, ou seja, aquelas ligadas às suas atividades principais.*

Vale lembrar que o alcance desse entendimento, em relação à COFINS, prevalece até a edição da Medida Provisória nº 135, de 20/10/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.833, de 29/12/2003, cujos efeitos – nova ampliação da base de cálculo da contribuição, agora, sem o vício da inconstitucionalidade dada a edição da EC nº 20, de 15/12/1998 – passaram a vigor a partir de 1º de fevereiro de 2004. Portanto, a inadmissibilidade de ampliação da base de cálculo da COFINS, nos termos acima observados, é integralmente aplicável ao caso presente, posto ser este relacionado ao ano-calendário se 1999.

*Consequentemente, não é legítima a exigência da contribuição sobre receitas outras que não as originadas da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, **devendo ser excluídos os montantes correspondentes às variações monetárias ativas**, posto que estas não estão compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998¹.*

¹ Com efeito, referida Emenda Constitucional, como já citado, unificou os conceitos de receita bruta e de faturamento, o que se deu somente após a edição da Lei nº 9.718/98, cujo § 1º do artigo 3º, amplificador do conceito de faturamento, foi editado em 16/04/2014 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 16/04/2014 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

Impresso em 17/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Especialmente no que diz respeito às variações monetárias ativas, convém seja feito um breve esclarecimento adicional.

Estabelece o artigo 9º da Lei nº 9.718/98:

Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou 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, conforme o caso. (grifei)

Diante da redação do dispositivo em tela, vê-se que o mesmo considera as variações monetárias ativas como integrantes da base de cálculo do PIS e da COFINS. E sobre o artigo 9º da Lei nº 9.718/98 não houve manifestação expressa de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, diante da decisão do STF, o artigo 9º da Lei nº 9.718/98 perdeu, também, sua aplicabilidade, já que sua redação revela-se incompatível com o entendimento decorrente do afastamento, por inconstitucionalidade, do §1º do artigo 3º da mesma Lei, que trouxe como consequência para a base de cálculo do PIS e da COFINS, como já ressaltado, que a mesma voltara a ser constituída pela receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, dentre as quais não se enquadram, para a recorrente – empresa de natureza comercial –, as receitas classificadas como financeiras.

Nesse sentido a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. NÃO-CABIMENTO. VIGÊNCIA DA LEI 11.187/2005. VARIAÇÕES CAMBIAIS. PIS E COFINS. NÃO-INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME DO PEDIDO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de liminar para suspender a exigibilidade dos créditos referentes à contribuição para o PIS e à COFINS. 2. Não conheço do agravo interno tendo em vista que a decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal foi proferida em Dezembro de 2007, na vigência da Lei 11.187/2005, que suprimiu seu cabimento em face de decisão que defere liminar nos casos dos incisos II e III do artigo 527 do Código de Processo Civil, e mantenho aquela decisão liminar. 3. A decisão agravada indeferiu o pedido de liminar ao fundamento de que não teria ocorrido a decadência para a constituição dos créditos tributários impugnados, uma vez que não teria transcorrido o prazo de 10 (dez) anos, a contar do primeiro fato gerador, e que, a despeito da alegação de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, o artigo 9º dessa mesma Lei constituiria imposição expressa no sentido de que as verbas decorrentes das variações cambiais advindas de contratos de mútuo celebrados em moeda estrangeira deveriam compor a base

de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, ainda não estava respaldado pelo alicerce constitucional decorrente da reportada EC no 20/98.

de cálculo das contribuições de que se cuida (PIS e COFINS). 4. No que se refere à base de cálculo dos tributos de que se cuida, a Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, estabeleceu, em seu artigo 2º, “que as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento”, correspondente, no dizer de seu artigo 3º e §1º, à “receita bruta”, ou seja, à totalidade das receitas auferidas, independentemente “do tipo de atividade exercida e da classificação contábil adotada para as receitas”. 5. O Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do RE 346.084 (rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 9.11.2005), em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei n.º 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98. 6. A Corte Constitucional entendeu que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prevista no art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. 7. Ressaltou-se, no julgamento, que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, “b”, da CF/88, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, eis que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se, ainda, o argumento de que a publicação da EC n.º 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei n.º 9.718/98 – o qual se deu em 1º.2.99, em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, §6º) – poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 (vinte) dias antes da EC n.º 20/98. 8. Portanto, declarada a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, mantém-se a base de cálculo constituída apenas pela receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, ficando excluídas, outrossim, as verbas relativas à variação cambial, eis que não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988. 9. A despeito de o artigo 9º da Lei n.º 9.718/98 considerar a variação cambial ativa como base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que o faturamento somente abrange a receita com as vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, nos termos da conclusão do Supremo Tribunal Federal acima exposta acerca da inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da mesma Lei, verifica-se, em cognição sumária e superficial, que essa previsão legal não poderia subsistir, por manifesta incompatibilidade. 10. A orientação que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser cabível o recurso de agravo de instrumento em face de decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, razão pela qual, também neste particular, não assiste razão à agravada. 11. Agravo interno não-conhecido. 12. Agravo de instrumento conhecido e provido. (grifos nossos)

(TRF 2ª Região. Terceira Turma Especializada. Agravo interno no agravo de instrumento nº 160955. Processo nº 200702010158305. Data da decisão: 20/05/2008. Publicado em 29/05/2008. Relator: Desembargador Federal Francisco Pizzolante. Decisão unânime.)

Em conclusão, relativamente às variações monetárias ativas, estas, por não se enquadrarem dentre as receitas operacionais da litigante, não integram a base de cálculo da contribuição em evidência, uma vez declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

*Diante de todo o exposto, voto para **dar provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo.***

Por ser aplicável ao caso, ilustro o Recurso Extraordinário nº 2005.71.07.002720-3/RS, que transcrevo abaixo:

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão de Órgão Colegiado desta Corte, versando sobre: a) o termo a quo do prazo prescricional da ação de repetição de indébito, em face da edição da LC nº 118/05; e, b) incidência do PIS e da COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva.

O recurso encontrava-se sobrestado, conforme decisão de fls. 1080.

*Quanto ao primeiro ponto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito do recurso paradigma de repercussão geral do **Tema nº 4**, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias; ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. O acórdão restou assim ementado:*

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da

segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

*No que pertine ao segundo ponto, o Pretório Excelso apreciou o **Tema nº 329** em recurso paradigma de repercussão geral, cujo acórdão restou assim ementado:*

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. HERMENÊUTICA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. TELEOLOGIA DA NORMA. VARIAÇÃO CAMBIAL POSITIVA. OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. I - Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma suprallegal máxima efetividade. II - O contrato de câmbio constitui negócio inerente à exportação, diretamente associado aos negócios realizados em moeda estrangeira. Consubstancia etapa inafastável do processo de exportação de bens e serviços, pois todas as transações com residentes no exterior pressupõem a efetivação de uma operação cambial, consistente na troca de moedas. III - O legislador constituinte - ao contemplar na redação do art. 149, § 2º, I, da Lei Maior as "receitas decorrentes de exportação" - conferiu maior amplitude à desoneração constitucional, suprimindo do alcance da competência impositiva federal todas as receitas que resultem da exportação, que nela encontrem a sua causa, representando consequências financeiras do negócio jurídico de compra e venda internacional. A intenção plasmada na Carta Política é a de desonerar as exportações por completo, a fim de que as empresas brasileiras não sejam coagidas a exportarem os tributos que, de outra forma, onerariam as operações de exportação, quer de modo direto, quer indireto. IV - Consideram-se receitas decorrentes de exportação as receitas das variações cambiais ativas, a atrair a aplicação da regra de **imunidade e afastar a incidência da contribuição ao PIS e da***

COFINS. V - Assenta esta Suprema Corte, ao exame do leading case, a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida nas operações de exportação de produtos. VI - Ausência de afronta aos arts. 149, § 2º, I, e 150, § 6º, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido, aplicando-se aos recursos sobrestados, que versem sobre o tema decidido, o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 627815, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 30-09-2013 PUBLIC 01-10-2013)

Em relação à vexata quaestio, portanto, o Órgão julgador desta Corte decidiu a hipótese apresentada nos autos em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de forma que a pretensão não merece trânsito.

*Ante o exposto, com apoio no art. 543-B, § 3º, do CPC, **declaro prejudicado** o recurso. Intimem-se.*

Por todo o exposto, quanto às variações monetárias ativas, por não se enquadrarem dentre as receitas operacionais, não compõem a base de cálculo da contribuição, por conta da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Em razão dos motivos acima expostos, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para afastar a decadência, bem como dar provimento no mérito e devolver os autos ao órgão de origem, para análise do cálculos do pleito de restituição, se for o caso.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator