



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

Processo n° 10680.011392/2007-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3802-002.807 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 26 de março de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP e COFINS
Recorrente RIO VERDE MINERAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto:

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP e COFINS

Período de apuração: 07/2002 a 11/2002.

POSTERGAÇÃO DE RECEITA DE VARIAÇÃO CAMBIAL

A base de cálculo do PIS/COFINS 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. Ausência momentânea de Cláudio Augusto Gonçalves Pereira.

Relatório

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

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

“Lavraram-se contra o contribuinte acima identificado os Autos de Infração de fls. 11/18 e 03/10 e relativos à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, nos valores de R\$ 65.559,99 e R\$ 296.526,49, respectivamente, totalizando um crédito tributário de R\$ 362.086,48, incluindo multa de ofício e juros de mora, correspondente aos períodos de 01/2002 a 11/2002 (fls. 03/04 e 11/12).

A autuação ocorreu em virtude de insuficiência de recolhimento, decorrente da exclusão indevida de vendas no mercado externo (01/2002 a 06/2002) e da postergação de receita de variação cambial (05/2002 a 11/2002), conforme consta do Termo de Verificação Fiscal de fls. 19/37, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 23/29.

Como enquadramento legal, citaram-se, para o PIS, os artigos 1º e 3º, da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970; artigos 2º, inciso 1, 3º, 8º, inciso 1, e 9º, Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, e arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998; Para a Cofins, os artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, (Decreto nº 4.524, de 2002, arts. 2º e 3º).

Irresignado, tendo sido cientificado em 16/08/2007 (fl. 07), o autuado apresentou, em 14/09/2007, acompanhadas dos documentos de fls. 223/293, as suas razões de discordância (fls. 180/222), a seguir resumidas:

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente processo, especificamente com relação ao PIS, aponta erro na base tributável, solicitando a devida correção no demonstrativo de apuração.

Invoca a inaplicabilidade do método de imputação proporcional no cálculo da variação cambial postergada, porquanto, a partir da Lei nº 9.430, de 1996, restou extinta a imputação proporcional, conforme Acórdão do Conselho de Contribuintes, que transcreve.

Argúi a decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário para os fatos geradores de 01/2002 a 06/2002, em face do que dispõe o art. 150, §º 4º, do Código Tributário Nacional – CTN.

Alega a não incidência da contribuição sobre as receitas de variação cambial ativa, em face da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998, conforme pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. Transcreve jurisprudência administrativa a respeito do tema.

Afirma que as compras efetuadas pela Vale foram específicas para exportação, como bem expressam os pedidos da compradora, inexistindo a necessidade de depósito em armazém alfandegado, porquanto as obrigações tributárias são transferidas às tradings pela tradição da mercadoria.

Por fim, propugna pela improcedência da presente autuação, dando-se integral provimento às suas razões de defesa. É o relatório do essencial.”

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/BHE nº 02-21.749, de 30/03/2009, proferida pelos membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, cuja ementa dispõe, *verbis*:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 31/01/2002 a 30/11/2002

O art. 163 do Código Tributário Nacional fundamentou o instituto da imputação dos pagamentos efetuados.

Extingue o crédito tributário a homologação do lançamento, nos termos do art. 156, VII do CTN.

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 31/01/2002 a 30/11/2002

O art. 163 do Código Tributário Nacional fundamentou o instituto da imputação dos pagamentos efetuados.

Extingue o crédito tributário a homologação do lançamento, nos termos do art. 156, VII do CTN.

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria.

Lançamento Procedente em Parte.

O julgamento foi no sentido de tornar procedente em parte a manifestação de inconformidade interposta pelo interessado, exonerando do valor lançado de R\$ 111.161,40 e dos encargos legais correspondentes, relativo à Cofins, referente aos fatos geradores de 01/2002 a 06/2002, bem como o valor lançado de R\$ 65.057,16 e dos encargos legais correspondentes, relativo ao PIS, referente aos fatos geradores de 01/2002 a 06/2002, posto que a recorrente tomou ciência do Auto de Infração em 16/08/2007, daí o crédito tributário encontrar-se extinto (parte dos autos-vendas com o fim específico de exportação deixou de ser apreciado, por conta dessa preliminar de decadência que foi favorável ao contribuinte).

Restando, portanto, a análise da postergação da receita de variação cambial.

Regularmente cientificado do Acórdão proferido, o Contribuinte, tempestivamente, protocolizou o Recurso Voluntário, no qual, rebate sobre a manutenção da tributação sobre as receitas financeiras decorrentes da postergação de variações cambiais. Ataca o art. 43 da Lei de nº 9.430/96 que não permite mais a aplicação da imputação proporcional, bem como a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei de nº 9.718/98.

Argumenta, enfim, foi mantida a tributação sobre as receitas financeiras decorrentes de variações cambiais, arrimando sua decisão no § 1º do Artigo 3º da Lei nº 9718/1998 e na impossibilidade do órgão administrativo ser impedido de manifestar-se sobre a constitucionalidade e legalidade das normas legais regularmente editadas, isto em 30 de março de 2.009, após a edição da Medida Provisória 449/2008 que revogou citado artigo. Ou seja, tal dispositivo legal foi explicitamente revogado pelo Inciso XII do Artigo 79, da Lei 11.941/2009 que retirou do mundo jurídico a incidência da contribuição sobre outras receitas que não o faturamento.

Observa-se que o tema da inclusão da variação cambial na base de cálculo do PIS e da COFINS é matéria cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 638.710/RS, que assim dispõe:

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)

DECISÃO: O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE 540.41000, 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. 543B 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 566.621RG e RE 627.815RG, 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. 543B 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, aplico o art. 62A, §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, foi sobrestado o presente recurso voluntário até que fosse transitado em julgado o acórdão a ser proferido no recurso extraordinário acima mencionado, conforme Resolução de nº 3201-000416, de 22/08/2013.

Tendo em vista a Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, que revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II à Portaria MF nº 256, de 22 junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, foram devolvidos os autos a esta conselheira para seguimento.

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

O processo digitalizado foi redistribuído e encaminhado a esta Conselheira para seguimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MÉRICA HELENA TRAJANO DAMORIM

O recurso voluntário é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Como relatado, versam os autos baseados na exclusão de vendas de exportação (decisão *a quo* já afastou esta parte do Auto de Infração, aplicando a Súmula Vinculante de nº 8 do STF, tendo em vista o instituto da decadência) e postergação do registro de variação cambial ativa nas exportações realizadas, utilizando-se método de imputação proporcional, que permanece para análise.

Ou seja, a parte que resta, consiste na postergação do registro de variação cambial ativa nas exportações realizadas, utilizando-se método de imputação proporcional.

Parte da autuação ocorreu em virtude de insuficiência de recolhimento do PIS e COFINS, decorrente da postergação de receita de variação cambial (05/2002 a 11/2002), conforme consta do Termo de Verificação Fiscal.(período cumulativo). (fl. 10 do pdf)

A empresa explora o minério de ferro, bem como vende o minério para o exterior, inclusive via Cia Vale do Rio Doce e da MBR Minerações Brasileiras Reunidas.

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 AS, 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 exaçoção 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. Sobrepõe-se 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.*

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)

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, ampliador do conceito 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.

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 deferiu 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 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.

Da conclusão

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 supralegal 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)

Processo nº 10680.011392/2007-69
Acórdão n.º 3802-002.807

S3-TE02
Fl. 343

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 (postergação de receita dessas), 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.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator