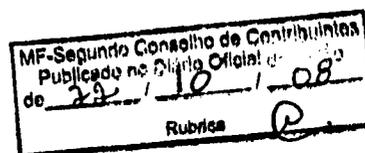




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	10730.004537/2003-17
Recurso n°	134.956 Voluntário
Matéria	PIS
Acórdão n°	202-18.536
Sessão de	22 de novembro de 2007
Recorrente	CIA. DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO
Recorrida	DRJ no Rio de Janeiro - RJ



Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA ADMINISTRATIVA.

A discussão de uma matéria na instância judicial implica renúncia tácita à instância administrativa.

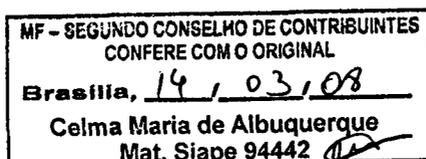
BASE DE CÁLCULO. AMPLIAÇÃO. ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE.

Ao julgar os recursos extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, em 09/11/2005, o Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins por meio de lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO STF. EXTENSÃO ADMINISTRATIVA.

Nos termos do art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, 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. Excluem-se, portanto, da tributação, as variações monetárias e demais receitas financeiras.

Recurso provido em parte.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

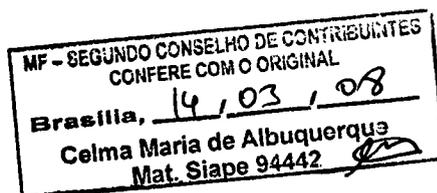
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso na parte em que houve opção pela via judicial; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso para excluir as variações monetárias e as demais receitas financeiras da base de cálculo da contribuição. Esteve presente ao julgamento o Dr. Leandro Daumas Passos, OAB/RJ nº 93.571, advogado da recorrente.


ANTONIO CARLOS ATULIM

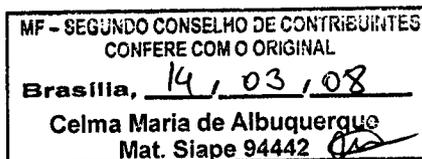
Presidente


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.



Relatório

Cuida-se de recurso da empresa CIA DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO, em face do Acórdão n.º 5.883, de 13/08/2004 (fls. 332/338), que manteve parcialmente procedente o débito constante do Auto de Infração de fls. 04/12, em 03/11/2003, conforme a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001 - VIGÊNCIA

A Emenda Constitucional n.º 33/2001 entrou em vigor e, portanto, seus dispositivos começaram a produzir efeitos no mundo na data de sua promulgação, nos termos do Art 5º dessa Emenda.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: COMPENSAÇÃO – COMPETÊNCIA – DELEGACIAS DE JULGAMENTO

Somente será da competência das Delegacias de Julgamento o exame de declaração de compensação após o protocolo tempestivo da manifestação de inconformidade, momento em que se instaura o litígio.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: SOLUÇÃO EM PROCESSO DE CONSULTA – EFEITOS – DCTF – ESPONTANEIDADE

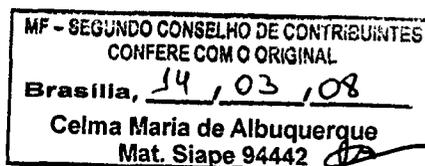
Não produz efeitos a consulta formulada por quem estiver sob procedimento fiscal iniciado para apurar fatos que se relacionem com a matéria consultada e nem será espontânea a DCTF retificada em função da conclusão da consulta formulada.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: MULTA DE OFÍCIO – DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

df



Incidirá a multa de ofício sobre todo o valor do tributo, se o depósito judicial não for realizado no montante integral da quantia questionada.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: PAGAMENTO - EXCLUSÃO

Excluem-se do lançamento os pagamentos comprovadamente efetivados anteriormente ao início do procedimento fiscal.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: JUROS DE MORA – TAXA SELIC

É cabível, a partir de 01/04/1995, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC de tributos e contribuições pagos após a data de vencimento.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: PROVA DOCUMENTAL - PRECLUSÃO

O prazo máximo para apresentação de provas é de 30 dias a contar da ciência do Auto de Infração, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento.

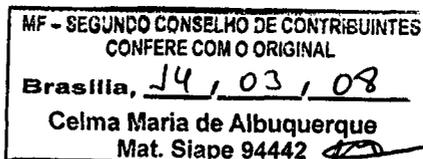
Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/03/2002 a 30/06/2002

Ementa: DILIGÊNCIAS – PERÍCIAS - REQUISITOS

O julgador administrativo determinará, de ofício ou a requerimento da impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando as entender necessárias e indeferirá aquelas que considerar prescindíveis, sendo que, na hipótese de serem requeridas pela impugnante, deverão vir explicitados na impugnação os motivos que as justifiquem, os quesitos e exames desejados e, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Lançamento Procedente em Parte”.



Conforme se depreende dos autos, a recorrente foi autuada em virtude de ter deixado de recolher o PIS de 01/2002 a 06/2002, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 33, de 11/12/2001, afastou a imunidade dos demais tributos às atividades de energia elétrica, permanecendo apenas os impostos estaduais contemplados no inciso II do art. 155 e incisos I e II do art. 153, da Constituição Federal (cf. § 3º do art. 155, com a redação dada pela EC nº 33/2001).

Antes porém, a recorrente ajuizou a Medida Cautelar nº 96.0034797-2 (Ação Principal nº 96.0035652-1), perante a 2ª Vara Federal de Niterói - RJ, quando obteve liminarmente através da sentença cautelar o direito de depositar o PIS questionado na Ação Principal (fl. 180), onde objetivava a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, em razão de a recorrente entender-se imune em relação ao PIS.

Por fim, já perante a 1ª Seção do TRF/2ª Região, através dos embargos da União Federal, declarando o direito da autora, ora recorrente, à restituição da diferença entre os valores recolhidos na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e o devido na forma determinada pela Lei Complementar nº 7/70, nos últimos 5 (cinco) anos da propositura da ação (fls. 305, 314 e 326), estando pendente apenas de decisão em embargos de declaração (fl. 305).

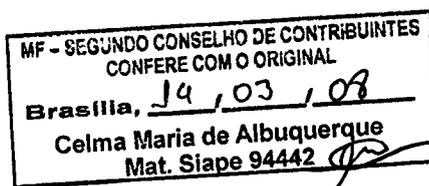
De acordo com o entendimento fazendário, o PIS é tributo submetido às regras do art. 195, § 6º, da CF/88, que estabelece o princípio nonagesimal, não sendo aplicável esse princípio, como aconteceu no caso presente, quando a exigência tributária se der por modificações da Constituição Federal, por emenda constitucional, a qual terá vigência determinada por essa própria emenda.

No caso, a EC nº 33/2001, restringiu a imunidade sobre as operações de energia elétrica e às demais atividades descritas no § 3º do art. 155, deixando, portanto, as empresas que exercem estas atividades de gozar da imunidade de outras modalidades de tributos, passando, daí, a estar obrigadas ao recolhimento do PIS, por força do art. 5º da EC, entrando em vigor na data de sua publicação.

Em seu recurso de fls. 360/389, a recorrente alega que, até o surgimento da EC nº 33/2001, gozava de imunidade quanto ao recolhimento do PIS, inclusive acobertada por decisão judicial (Ação Cautelar nº 96.34797-2), embora ainda não transitada em julgado, logo, o ente tributante estaria impedido de instituir tributo sobre as atividades da recorrente. Em favor de sua tese cita entendimentos doutrinários sobre o assunto, como Aires F. Barreto e José Souto Mayor Borges.

Sobre o entendimento da coisa julgada em matéria tributária transcreve parte do acórdão do RE nº 109.073/SP do Eg. STF, onde aduz que a Súmula nº 239 assenta que *“decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores”*.

Aduz ainda que o princípio constitucional da anterioridade nonagesimal *“mais do que simples limitação do poder de tributar do Estado, qualifica-se como um dos mais expressivos postulados que dão substância ao estatuto jurídico dos contribuintes”*



Conclui sustentando que a exigência do PIS, nos períodos de janeiro/2002 a março/2002, afronta o princípio constitucional da anterioridade prevista no art. 195, § 6º, da CF, o que enseja o cancelamento do auto de infração.

Não sendo este o entendimento predominante neste Colegiado, também não merece subsistir o acórdão recorrido, inexistindo diferença do valor de PIS no período em exigência, em virtude da compensação com créditos apurados de tributos federais de IRPJ e CSLL, no mesmo ano-calendário, pelo fato de que a opção pelo regime de competência, o qual se formalizou e se aperfeiçoou no encerramento do ano-base de 2002, quando o tributo do mesmo ano-calendário já havia sido pago pelo regime de caixa.

Salienta que o exercício da faculdade está previsto no art. 30 da MP nº 2.158-33/2001, pelo qual somente no encerramento do período de apuração IRPJ e da CSLL é que o contribuinte optaria pelo critério de tributação das variações cambiais, quando optou pela tributação anual daquelas exações.

Esse entendimento foi confirmado pela solução de consulta nº 195 (Processo nº 10730.005349/2002-1), em 07/07/2003, pela Superintendência Regional da SRF/7ª Região Fiscal, constando que a opção por qualquer um dos regimes de apropriação das receitas e das despesas de variações cambiais, caixa ou competência, *“poderá ser exercida em qualquer mês do ano, sendo que os seus efeitos aplicar-se-ão a todo o ano-calendário ... deverão ser ajustados todos os resultados e bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, relativamente aos meses anteriores de opção”*.

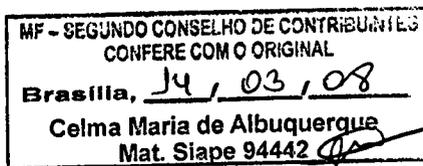
Consta ainda da solução de consulta que *“se resultar diferença de pagamentos a menor de imposto e contribuições, as mesmas deverão ser recolhidas com os acréscimos legais. Caso contrário, os valores recolhidos a maior terão o tratamento de pagamentos indevidos, podendo ser compensados em períodos base posteriores.”*

Assim procedeu a recorrente, através da retificação das DCTFs (em 05/08/2003), a fim de adequar os valores dos tributos ao regime de tributação das variações cambiais do ano-calendário 2002, até então recolhidos com base no regime de caixa.

Contesta a aplicação de multa de ofício pelo fato de tratar-se de denúncia espontânea e requer alternativamente a aplicação do art. 63 da Lei nº 9.430/96, que afasta a multa de ofício nos casos de lançamento para prevenir a decadência, como ocorreu no caso, nesse sentido cita jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes (AC nº 103-19.953).

Por fim, alega que protestou pela juntada de novos documentos em sua impugnação, com fulcro na letra “c” do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, sustentando haver cerceamento de defesa.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

Há concomitância de processo judicial com o presente processo administrativo, por essa razão o processo deve também ser conhecido em parte, ou seja, na parte não submetida ao Poder Judiciário, a multa de ofício.

Apenas para demonstrar a coincidência dos assuntos submetidos ao Poder Judiciário e agora na esfera administrativa, segue a transcrição da ementa do acórdão dos embargos infringentes opostos pela União Federal, nos autos do Processo nº 98.02.09149 (Processo de origem nº 9600347972 – 2ª Vara Federal – Niterói - RJ):

“PROCESSO CIVIL – EMBARGOS INFRINGENTES – SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO PIS SOBRE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – ART. 155, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I - A questão volta-se à divergência entre o voto condutor e o voto quanto à isenção da contribuição para o PIS incidente sobre o faturamento da Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro.

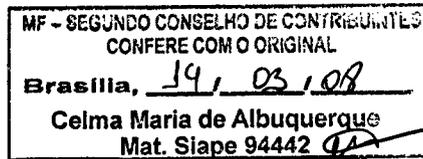
II - A tese contida no voto vencido volta-se a que, tendo a contribuição social para o PIS o caráter específico que a distingue dos tributos, não pode ser alcançada pela isenção destes (tributos). A natureza híbrida ou terciária da contribuição social confere ao PIS uma estrutura diversa dos impostos elencados nos artigos 155 e 153, seus incisos e parágrafos da Constituição Federal, donde que o tratamento do legislador constituinte destacou até mesmo o prazo de que trata o art. 195, §6º para a sua exigência, além de outras diferenciações que impedem considerar serem do gênero tributário puro e simples as contribuições sociais.

III - Após a Emenda Constitucional nº 33/2001, a questão quanto à natureza da contribuição social, que se pretende seja tributo, mais atual ainda o precedente jurisprudencial acima colacionado. E tanto é questionável a natureza da contribuição social que o legislador constituinte originário não a quis afastar na redação primeira do § 3º do art. 155, e já agora o legislador derivado refere-se a 'tributo' e não imposto.

IV - Assim, seja o termo tributo ou o semi-imposto considerado, em nada se altera a natureza da contribuição social, que expressa o que realmente é: gênero de contribuição social, compulsoriamente exigido, com destinação própria e não destinada a prover as receitas federais públicas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:



Decide a Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, dar provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."

A própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXV, ao consagrar o princípio da unidade de jurisdição, torna inócua a decisão administrativa que verse sobre matéria idêntica judicialmente em discussão, vez que sempre prevalecerá esta última, que possui o condão da definitividade e o efeito de coisa julgada.

Por ser incabível a discussão da mesma matéria em instâncias diversas, havendo invariavelmente que, como já dito, prevalecer a decisão soberana emanada do Poder Judiciário, descabe sua discussão na esfera administrativa.

Instituto já amplamente discutido e atualmente pacificado neste Egrégio Conselho, diversos precedentes que corroboram o entendimento aqui demonstrado. Vejamos:

"NORMAS PROCESSUAIS - PROCESSO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO - Havendo concomitância entre o processo judicial e o administrativo sobre a mesma matéria, não haverá decisão administrativa quanto ao mérito da questão, que será decidida na esfera judicial. Recurso não conhecido, quanto à matéria objeto de ação judicial" (RECURSO 117.324, 2º Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, julgado em 17/10/2001).

Assim, não conheço do recurso no tocante às matérias também discutidas na esfera judicial.

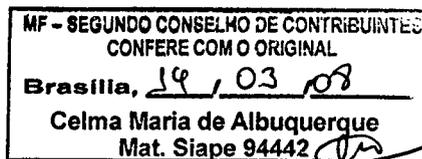
Em relação à matéria não discutida no Poder Judiciário o recurso é tempestivo e cumpre os requisitos legais para ser admitido, razão pela qual dele conheço.

A tributação dos resultados positivos decorrentes de variações monetárias ou cambiais, ao tempo do lançamento, estava amparada nas disposições do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que veio a ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840.

O pleno do STF considerou inconstitucional a ampliação do conceito de faturamento para abarcar a totalidade das receitas das empresas, por entender que a majoração da base de cálculo da contribuição por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

A partir dessas decisões, o STF vem aplicando reiteradamente a mesma interpretação em seus julgados, conforme demonstram, por exemplo, as seguintes ementas:

"1. Recurso extraordinário. 2. PIS - Programa de Integração Social. Alteração da base de cálculo. Conceito de faturamento. Lei nº 9.718/98



e Lei Complementar n.º 07/70. 3. Inconstitucionalidade do § 1o do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 388830/RJ. Relator: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 14/02/2006)

“1. Recurso extraordinário: inépcia: incorrência. Histórico da causa e demonstração do cabimento do recurso - que, na hipótese da alínea a, se confunde com ‘as razões do pedido de reforma da decisão recorrida’ - suficientemente delineados nas razões da recorrente, possibilitando a perfeita compreensão da controvérsia. 2. COFINS: base de cálculo: L. 9.718/98, art. 3º, § 1º: inconstitucionalidade. Ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. (RE-AgR 308882/PR. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 14/03/2006)

“AÇÃO CAUTELAR. Tributo. Contribuição social. COFINS. Majoração da alíquota. Art. 8º da Lei n.º 9.718/98. Pretensão de outorga de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Norma declarada constitucional pelo Supremo. Agravo improvido. Não se admite tutela cautelar de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário que argúi inconstitucionalidade de norma que o Supremo reputou constitucional.” (AC-AgR 892/SP. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/02/2006)

A definitividade da decisão do STF é comprovada pela proposta de edição de Súmula Vinculante que se encontra em tramitação naquela Corte, com o seguinte teor, *verbis*:

“Enunciado: ‘É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.’

Precedentes: RE n.º 346.084 Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, DJ de 01/09/2006; RE n.º 357.950, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/08/2006; RE n.º 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/08/2006; RE n.º 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/08/2006.”

Para regulamentar as situações em que tenha havido decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo expediu o Decreto n.º 2.34697, que assim dispôs, no seu art. 4º, parágrafo único, *verbis*:

“Art. 4º (...)

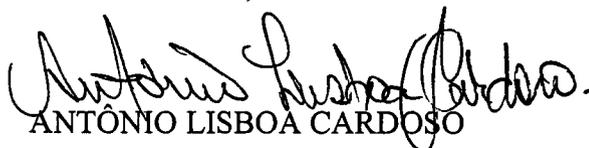
Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado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

O art. 1º do Decreto nº 2.346/97 tornou vinculante para a Administração Pública as decisões definitivas do STF que fixem a interpretação do texto constitucional, enquanto que o parágrafo único do seu art. 4º impõe aos órgãos administrativos de julgamento o afastamento, nos casos pendentes de julgamento, da norma declarada inconstitucional.

Sendo assim, excluem-se do presente lançamento os valores decorrentes da aplicação da alíquota da contribuição sobre variações monetárias ativas e demais variações monetárias, não mais passíveis de tributação por força da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Em face de todo o exposto, VOTO no sentido conhecer em parte do recurso administrativo, e na parte conhecida DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir a tributação das variações monetárias ativas e demais receitas financeiras que não compõem a base de cálculo da contribuição ao PIS.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO

