

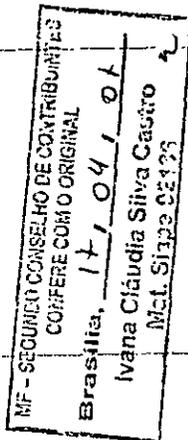


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002444/2004-95
Recurso nº : 131.011
Acórdão nº : 202-17.773

Recorrente : FORJAS TAURUS S/A
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS



COFINS..BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, compreendido como a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA.

As variações cambiais não configuram receita da venda de bens e serviços, não se submetendo à incidência de PIS e de Cofins.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FORJAS TAURUS S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Esteve presente ao julgamento a Dra. Fábيا Regina Freitas de Souza, OAB/DF nº 14.389, advogada da recorrente.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007.


Antonio Carlos Atulim
Presidente


Ivan Allegretti
Relator

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002444/2004-95
Recurso nº : 131.011
Acórdão nº : 202-17.773

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17, 04, 04
Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Signo 92136

Recorrente : FORJAS TAURUS S/A

RELATÓRIO

Trata-se da exigência de Cofins dos períodos de apuração de 28/02/1999 a 31/12/2002, cuja notificação aconteceu em 28/04/2004.

Conforme consta do Relatório da Ação Fiscal, o auto de infração decorreu do fato de que "a fiscalizada deixou de oferecer à tributação do PIS e da Cofins determinadas receitas de variação cambial ..." (fl. 278).

Na impugnação a contribuinte sustentou, em síntese, que:

(a) é beneficiária da imunidade prevista na Emenda Constitucional nº 33/2001, a qual incluiu o § 2º, I, ao art. 149 da Constituição, estabelecendo que as contribuições sociais não incidem sobre receitas decorrentes de exportação, de modo que seria indevida a exigência da Cofins sobre as variações cambiais, porquanto se referem às exportações promovidas pela recorrente; e

(b) as receitas financeiras não podem ser submetidas à incidência da contribuição ao PIS e da Cofins, porque tais contribuições apenas poderiam incidir sobre a receita da venda de bens e serviços.

A DRJ Porto Alegre - RS negou provimento à impugnação, mantendo a exigência fiscal pelos seguintes fundamentos (Acórdão nº 5.401, de 17 de março de 2005):

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2002

Ementa: COFINS. VARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE COMPETÊNCIA - As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira compõem a base de cálculo da Cofins e, se tributadas pelo regime de competência, conforme opção do contribuinte, devem ser reconhecidas a cada mês, independente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

COFINS RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. VARIAÇÃO CAMBIAL. ISENÇÃO - A isenção das receitas de exportação do pagamento da Cofins não alcança as correspondentes variações cambiais ativas, que têm natureza de receitas financeiras, devendo, como tal, compor a base de cálculo daquela contribuição.

Lançamento Procedente".

A empresa, então, apresentou recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, lançando mão das mesmas razões contidas na impugnação.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002444/2004-95
Recurso nº : 131.011
Acórdão nº : 202-17.773

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 17 / 04 / 05
Ivane Cláudia Silva Castro ✓
Mat. Signat. 02436

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
IVAN ALLEGRETTI

O recurso voluntário é tempestivo e foi promovido o arrolamento de bens, motivo pelo qual dele se conhece.

A matéria combatida no recurso voluntário é a inclusão na base de cálculo da Cofins da variação monetária ativa.

Em razão da recente decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, entendo serem pertinentes as alegações da contribuinte

O Recurso Extraordinário nº 390.840, apreciado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09/11/2005, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, foi decidido consoante a seguinte ementa:

"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. Sobrepe-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."

Vale ainda transcrever os seguintes trechos do voto da Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, no julgamento do Recurso Voluntário nº 127.000:

3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COMO ORIGINAL Brasília, 17, 04, 07 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Sica 02129
--

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002444/2004-95
Recurso nº : 131.011
Acórdão nº : 202-17.773

"Este Conselho de Contribuintes possui larga experiência no trato com lides cujo mérito versava sobre matéria que o plenário do STF julgou inconstitucional, incidenter tantum, e que no aguardo da Resolução do Senado Federal manteve por muito tempo a exigência de tributo já reputado definitivamente inconstitucional ou mesmo ilegal, nos casos julgados pelo STJ.

Há que se aprender com a experiência. Não que se possa aqui decidir açodadamente após inauguraís decisões nesse sentido pelas Cortes Constitucional ou Legal. No caso em tela não é esta a circunstância. Trata-se de matéria que há muito vem gerando conflito entre o Fisco e os contribuintes, tendo sido alvo de sentenças judiciais de monta, contrárias aos interesses do Fisco. O volume dessas decisões atingiu seu ápice com a decisão do STF, a qual, publicada, transitou em julgado em 29 de setembro de 2006, sendo enviada pelo Presidente do STF ao Presidente do Senado Federal em 03/10/2006, em cumprimento ao disposto na Constituição Federal.

Portanto, entendo que não há a que resistir. O julgador administrativo tem como limite de decidir as normas legais em vigor, não lhe competindo apreciar inconstitucionalidades ou ilegalidades. Ao revés, a inconstitucionalidade do dispositivo fundador da atuação encontra-se declarada por sentença transitada em julgado pelo órgão designado pela Constituição da República, no art. 102, inciso III, alínea "a", a julgar causas decididas quando a decisão recorrida contrariar seus dispositivos ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

E, consoante dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, quer regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nos processos administrativos serão observados, entre outros os critérios de atuação conforme a lei e o Direito, devendo a Administração pública, segundo dispõe o caput, obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ademais, também não compete ao julgador administrativo dar seqüência a exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos ex tunc, pela Corte constitucional. Seria de extremo non sense e mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados da Lei nº 9.784/99, manter a exigência tributária, remetendo o contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagarem por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à via crasis do solve et repete.

Nem uma nem outra. Na sutileza desse momento é que se justifica a existência de um tribunal administrativo. Não pode o julgador administrativo posicionado diante de tal circunstância deixar de enfrentar as vicissitudes de ter de um lado a lei formalmente ainda válida e eficaz, de outro a sentença transitada em julgado, proferida pelo Tribunal Maior do País, que mitiga, reduz, apequena o alcance pretendido pela lei no sentido de avançar sobre o patrimônio do particular.

Entendo estar na esfera de competência do julgador administrativo afastar a exigência tributária que se encontra sob sua apreciação, cuja inconstitucionalidade já tenha sido declarada, porém ainda não ampliada para os efeitos erga omnes, o que ocorrerá inexoravelmente por ser conduta formal de outro Poder, cuja atuação nem sempre está sincrônica com o tempo e a necessidade da sociedade, afastando, com isso, as inevitáveis ações judiciais e maiores embaraços para o tesouro nacional e para o contribuinte.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.002444/2004-95
Recurso nº : 131.011
Acórdão nº : 202-17.773

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17, 04, 04
Ivana Cláudia Silva Castro ✓
Mat. Sique 03136

2º CC-MF
Fl.

Não bastasse toda a fundamentação argumentativa acima arrazoada, tal entendimento também encontra supedâneo na norma que rege os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária a serem observados pelos órgãos julgadores.

Dispõe o artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;*
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;*
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;*
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.*

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. (negrito inserido).

Compulsando as regras de redação oficial de atos normativos com o objetivo de perquirir o exato alcance da ordem contida no referido parágrafo único, de vez serem existentes vozes isoladas que entendem estar o citado parágrafo único atrelado ao caput do artigo, ensejando a existência de autorização ou ordem expressa dos órgãos que cita para que os órgãos julgadores da Administração Fazendária se considerem 'autorizados' a afastar norma declarada inconstitucional, constata-se comando normativo diametralmente oposto a tal entendimento.

O Decreto nº 4.176, de 28/03/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, ao regulamentar a Lei Complementar nº 95/1998, determina a forma técnica de redação consoante no art. 23, inciso III, alínea 'c', sendo que para a obtenção de ordem lógica os parágrafos deverão expressar os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida, conforme se confere a seguir:

Da Redação

Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

III - para a obtenção de ordem lógica:

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.

Aplicando a regra ao artigo 4º do Decreto nº 2.346/97 é de imediata compreensão, por qualquer operador do Direito, que o disposto no parágrafo único se constitui em uma exceção à regra estabelecida no caput, pelo simples motivo de o caput referir-se a órgãos



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 14, 04, 07
Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Sínpo 02195

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002444/2004-95
Recurso nº : 131.011
Acórdão nº : 202-17.773

diversos dos citados no parágrafo único, sem que exista qualquer liame de subordinação ou mesmo coordenação entre os citados órgãos para aplicação de seus termos.

Aliás, quanto à possibilidade de subordinação dos órgãos administrativo julgadores à hierarquia da Administração Pública, válido buscar os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ acerca da matéria:

Sendo competência exclusiva, absolutamente exclusiva, isto afasta qualquer possibilidade de controle e o órgão fica praticamente fora da hierarquia da Administração Pública. Eu citaria dois tipos de órgãos que ficam fora da hierarquia administrativa. Em primeiro lugar, os órgãos consultivos (...). Uma autoridade superior não pode obrigar um determinado funcionário encarregado de função consultiva a dar um parecer neste ou naquele sentido...

A segunda modalidade de órgãos que estão fora da hierarquia são justamente os órgãos administrativos encarregados do processo administrativo tributário. É verdade que principalmente os órgãos de 1ª Instância exercem outras funções além dessas funções julgadoras, e, nessas outras funções, estão integrados na hierarquia. Mas, no que diz respeito especificamente às decisões no processo administrativo fiscal, não estão integrados na hierarquia; também não obedecem ordens, não seguem instruções; eles têm até uma composição mista, parte com representantes dos próprios quadros da Administração Pública e parte com representantes da sociedade

A matéria em foco – alteração da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98 – foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, constituindo-se em decisão definitiva daquele Tribunal, uma vez que proferida pelo Pleno, com a participação e voto de todos os Ministros que o compõe.

À época da lavratura do auto de infração outra não podia ter sido a atuação do autuante. Também agora, à época do julgamento, outra não pode ser a posição do julgador que não exonerar a exigência constituída.

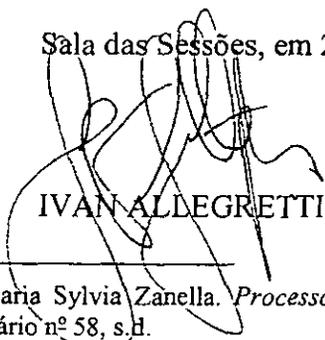
Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa à COFINS contida nos autos, porquanto relativas à variação cambial, havendo sido declarado inconstitucional o comando legal que determinava a tributação de tal parcela.

(...)

Com essas considerações voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo a receita relativa à variação cambial ativa, aplicando-se os consectários legais sobre a parcela do crédito tributário porventura remanescente.”

Tomo estas mesmas razões de decidir para o fim de dar integral provimento ao presente recurso voluntário da contribuinte, afastando a exigência da Cofins sobre as variações cambiais.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007.


IVAN ALLEGRETTI

¹Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Processo Administrativo – Garantia do Administrado*. São Paulo: Revista de Direito Tributário nº 58, s.d.