



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

Processo nº 11516.002383/2004-07
Recurso nº 153.790 Voluntário
Acórdão nº 2102-00.171 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2009
Matéria Cofins
Recorrente AGROAVÍCOLA VÊNETO LTDA.
Recorrida DRJ no RIO DE JANEIRO I - RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

É devido o lançamento pela falta ou insuficiência de recolhimento de contribuições.

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

Ação proposta pela contribuinte com o mesmo objeto implica a renúncia à esfera administrativa, a teor do ADN Cosit nº 03/96, ocasionando que o recurso não seja conhecido nesta parte.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

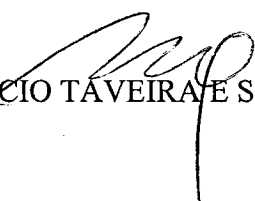
Decisão plenária definitiva do STF que tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 deve ser estendida aos julgamentos efetuados por este Conselho, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas de variações cambias.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA da PRIMEIRA CÂMARA da SEGUNDA SEÇÃO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, na parte da matéria submetida ao judiciário em razão da opção pela via judicial e nas matérias restantes por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir os fatos geradores de outubro de 2001 a janeiro de 2004.


JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabíola Cassiano Keramidas, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

AGROAVÍCOLA VÊNETO LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 168/190, contra o Acórdão nº 12-17.214, de 28/11/2007, prolatado pela 7ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ, DRJ/RJOI, fls. 161/167, que não conheceu da impugnação referente ao auto de infração de Cofins (fls. 125/128), decorrente de falta/insuficiência de recolhimento da Cofins e Cofins incidência não cumulativa, relativo a períodos compreendidos entre outubro de 2001 a junho de 2004, cuja ciência ocorreu em 28/09/2004 (fl. 126).

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 110/119, fora lavrado auto de infração pela não inclusão na base de cálculo da contribuição do valor das Variações Monetárias Ativas provenientes de exportação, sob a alegação de que seriam isentas. Essa matéria passou a ser objeto do Mandado de Segurança Preventivo com Pedido de Liminar, nº 2004.72.00.012891-0. Em 27/08/2004 foi concedida liminar e em 14/09/2004 houve a retificação da liminar, anteriormente concedida, para que esta tivesse “efeito de unicamente suspender a exigibilidade de eventual crédito fiscal dos tributos discutidos na inicial.” (fls. 115; 38/62 e 63/64). Assim, os valores referentes a conta 3352 – Variação Cambial Ativa foram objeto do presente lançamento, com exigibilidade suspensa.

Irresignada com a autuação, em 27/10/2005, a contribuinte protocolizou impugnação de fls. 133/150, apresentando as seguintes alegações:

1. o lançamento decorre do fato de a fiscalização entender que a variação cambial referente à receita de exportação constitui receita tributável para fins de apuração da Cofins. Este tema é objeto do MS nº 2004.72.00.012891-0, com liminar deferida. Conforme demonstrado nos autos da medida judicial, a variação cambial corresponde a diferença decorrente da alteração da taxa de câmbio, ocorrida entre a data do fechamento do contrato de câmbio e a data do embarque e é receita da exportação e como tal é isenta do PIS e da Cofins, consoante artigo 14 da MP nº 2.178-35/2001;

2. ainda que a variação cambial não fosse considerada isenta, seria imune, em face do que dispõe a EC nº 33/01, que alterou o artigo 149 do CF/88. Com base nas alterações introduzidas pela EC nº 20/98, a Lei nº 9.718/98 ampliou a base de cálculo da contribuição. Com as alterações da precitada lei pela MP nº 2.158-35/2001, houve a isenção da Cofins das

receitas da exportação de mercadorias ao exterior. Posteriormente, com a EC nº 33/01, as contribuições sociais passaram a não incidir sobre as receitas decorrentes de exportação. Assim, todas as receitas derivadas da exportação passaram a ficar imunes à tributação por tais contribuições.

3. a Lei nº 10.833/03 restringiu-lhe o conteúdo, somente tratando como imune as receitas decorrentes das operações de exportação para o exterior, ou seja, como já era no passado. A variação cambial vem sendo tratada pelo Fisco como receita financeira, e assim tributada. É, contudo, e sem dúvida, ingresso decorrente de exportação, pelo que está abrangida pela não incidência da Cofins, em face da EC nº 33/01. Desse modo, as normas instituidoras da contribuição à Cofins tornaram-se incompatíveis com a norma constitucional introduzida pela EC nº 33/01. Destarte, os dispositivos legais disciplinadores da Cofins não podem prevalecer, porque, chocando-se com a EC nº 33/01, norma de hierarquia superior, foram por esta revogados e, assim, não vigem mais. Portanto, é improcedente o lançamento.

A DRJ houve por bem “DEIXAR DE CONHECER DA IMPUGNAÇÃO e DECLARAR DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, devendo ser mantida a cobrança da COFINS, no valor de R\$ 170.223,57, acrescida de juros de mora e multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.”

O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. RECEITA DE EXPORTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA COFINS.

A propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda, tendo por objeto a mesma matéria discutida na impugnação, implica renúncia à instância administrativa. (Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/1996).

ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE A discussão sobre legalidade ou constitucionalidade das leis é matéria reservada ao Poder Judiciário. À autoridade administrativa compete constituir o crédito tributário pelo lançamento, sendo este vinculado e obrigatório sob pena de responsabilidade funcional.

VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. ISENÇÃO/IMUNIDADE DAS RECEITAS DE EXPORTAÇÃO.

A exclusão das receitas de exportação da base de cálculo da COFINS não alcança as variações cambiais ativas, que têm natureza de receitas financeiras, devendo, como tal, sofrer a incidência daquela contribuição.

Impugnação não Conhecida

Inconformada, a contribuinte protocolizou, tempestivamente, em 01/02/2008, recurso voluntário de fls. 168/190, aduzindo que, apesar de deixar de conhecer da impugnação

3

e declarar definitivamente constituído o crédito tributário, a turma julgadora adentrou no mérito do recurso apresentado. Se não fosse adentrado ao mérito e apenas não conhecida a impugnação, o efeito seria o mesmo. Assim, de modo a não ferir o direito à ampla defesa, o recurso deve ser apreciado e reformada a decisão *a quo*. No mérito, a recorrente aduz as mesmas questões anteriormente apresentadas.

Por fim, requer o cancelamento do auto de infração, dada sua total improcedência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MAURICIO TAVEIRA E SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

Compulsando os autos verifica-se que a contribuinte impetrou o MS e obteve a liminar no curso da ação fiscal, razão pela qual, correto o procedimento do fisco em promover o lançamento com a multa de ofício, uma vez que a exclusão da penalidade só seria possível caso a suspensão da exigibilidade do débito tivesse ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

A contribuinte se insurge contra o auto de infração lavrado em virtude da não inclusão na base de cálculo da contribuição do valor das variações cambiais ativas. Em seu entendimento, essa variação decorre da alteração da taxa de câmbio verificada entre a data do fechamento do contrato de câmbio e a data do embarque e se caracteriza como receita da exportação e como tal, isenta do PIS e da Cofins, consoante art. 14 da MP nº 2.178-35/2001. Contudo, ainda que assim não fosse, com a EC nº 33/01, as contribuições sociais passaram a não incidir sobre as receitas decorrentes de exportação. Assim, todas as receitas derivadas da exportação passaram a ficar imunes à tributação por tais contribuições.

O argumento aduzido pela recorrente é mesmo que apresentou ao judiciário em sua petição inicial (fls. 42/62), em cujo pedido registra: “ c-) *ao final, seja julgada procedente a ação, concedendo-se definitivamente a segurança, para o feito de determinar a não incidência (artigo 14, inciso II e § 1º da MP nº 2.158) das contribuições à COFINS e ao PIS, sobre as variações cambiais ativas, decorrente de venda para o exterior do país, haja visto não se tratar de receitas advindas de vendas no mercado interno, determinando à autoridade coatora que se abstenha de proceder qualquer notificação neste sentido.*”

Disciplinando a questão, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, por meio do Ato Declaratório Normativo nº 3, de 14 de dezembro de 1996, determinou que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, decidindo-se pela definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida. Transcreve-se, a seguir, o referido ato declaratório, “ *in verbis* ”:

“a) a propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que relaciona à matéria diferenciada (v. g., aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc);

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição da contribuinte, proferindo decisão formal da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN);

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança) do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN);

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).”

Portanto, quanto à matéria objeto de ação judicial, não há reparos a fazer à decisão recorrida. Contudo, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada. Nesse diapasão, embora a interessada não tenha arguido acerca da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF, entendo que a questão deva ser apreciada sob esta ótica. De se registrar que a contribuinte apresenta uma determinada base legal para fundamentar o seu direito. Todavia, no Direito brasileiro, o interessado se defende dos fatos, não havendo relevância na qualificação jurídica, uma vez que esta não integra a causa de pedir, consoante os ensinamentos do processualista Alexandre Freitas Câmara¹.

Assim, às partes cabe alegar e fornecer a prova dos fatos. Ao julgador, conhecedor do direito que é, cabe decidir sobre os fatos, consoante as normas aplicáveis, ou seja, decidir com base na subsunção do fato à norma. Nessa toada dispõem os velhos brocardos latinos: dá-me o fato e te darei o direito e, ainda, o juiz conhece a lei.

Portanto, passa-se a análise da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo pleno do STF e seu reflexo nos presentes autos. Em que pese a incompetência deste Conselho para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária, com supedâneo na autorização contida no art. 77 da Lei nº 9.430/96 e art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, assim dispõe o art. 49, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/07:

¹ Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, 6ª edição, Ed. Lumen Juris, 2001, p. 203

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

(...)

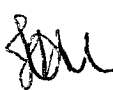
Nesse diapasão, em julgamento realizado em 09/11/2005, pelo Pleno do STF nos RE nºs 357.950 e 358.273, o § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, foi objeto de acórdão cuja publicação ocorreu em 15/08/2006 e o trânsito em julgado em 05/09/2006. O acórdão e a ementa registram o seguinte teor:

***Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.*

***Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.*

***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. (grifei)*

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. (grifei)

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, juntando-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. (grifei)

Tendo em vista o STF já haver se pronunciado definitivamente através de seu Pleno acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com fulcro no art. 49, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/07, há que se reconhecer o direito de a contribuinte ter excluído do presente lançamento a exigência decorrente de receitas estranhas ao faturamento.

Ademais, nesse sentido vem decidindo este Conselho, conforme demonstram as ementas que, parcialmente, se traz à colação:

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

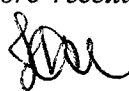
Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre outras receitas, inclusive o recebimento de crédito presumido de IPI. .” (Acórdão 201-80964; Recurso 139359; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 12/03/08).

COFINS. LEI Nº 9.718. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LANÇAMENTO. SUBTRAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.

Declarada a inconstitucionalidade de lei pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o lançamento efetuado com base na lei inconstitucional deve ser ajustado à legislação vigente. (Acórdão 201-81027; Recurso 140171; Relator José Antonio Francisco; Data da Sessão 14/03/08).

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pode o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre receitas financeiras. Recurso



provido. (Acórdão 201-80474; Recurso 137543; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 14/08/07).

Desse modo, ainda que este argumento não tenha sido aduzido pela recorrente, com base nas considerações já registradas e, ainda, com supedâneo no princípio que veda o enriquecimento sem causa, entendo que este Conselho deva se manifestar no presente caso, de modo a reconhecer a improcedência do lançamento em relação ao alargamento da base de cálculo da exação, em relação ao § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

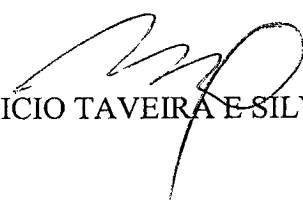
De se ressaltar que o presente lançamento abrange, também, a Cofins – incidência não cumulativa, com fulcro na Lei nº 10.833/03, o qual não se confunde com a variação cambial ativa decorrente da Lei nº 9.718/98, razão pela qual deve ser mantido o lançamento em relação à incidência não cumulativa.

Por fim, de se registrar que, tendo em vista a existência do processo judicial nº 2004.72.00.012891-0, a autoridade responsável pela execução do acórdão deverá proceder ao acompanhamento desta ação, verificando se há algum impedimento para cobrança de crédito tributário mantido.

Isto posto, voto no sentido de **não conhecer do recurso** quanto à matéria submetida ao judiciário e quanto ao restante, de **dar parcial provimento** ao recurso voluntário para excluir do auto de infração os fatos geradores de outubro de 2001 a janeiro de 2004, todos decorrentes de variações cambiais ativas com supedâneo na Lei nº 9.718/98, mantendo no mais a decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2009.


MAURICIO TAVEIRA E SILVA

