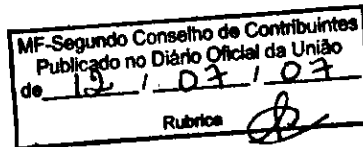




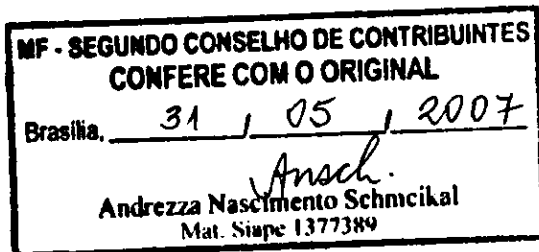
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403



Recorrente : BPBR EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE



COFINS. VARIAÇÃO CAMBIAL. RECEITA FINANCEIRA.

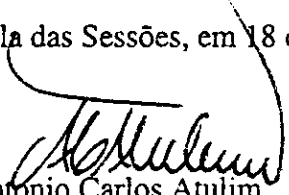
A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005,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

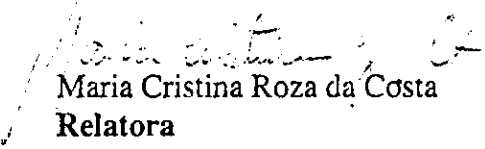
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BPBR EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Nadja Rodrigues Romero.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2006.


Antonio Carlos Atulim
Presidente


Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Simone Dias Musa (Suplente), Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
<i>Anscl.</i> Andreza Nascimento Schmeikal Mat. Siage 1377389	

2ª CC-MF
Fl. _____

Recorrente : BPBR EMPREENDIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE.

Por economia processual reproduzo abaixo o relatório da decisão recorrida:

"O procedimento fiscal que concluiu com o lançamento do crédito tributário acima, foi derivado de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago conforme descrito no Termo de Encerramento de Ação Fiscal, fls. 14 a 23.

Uma vez ciente do auto de infração, a contribuinte apresentou a peça impugnatória de fls. 334 a 353, através de seu Procurador, conforme instrumento de fl. 356, com as seguintes razões de defesa, a seguir sucintamente expostas:

- diante da lavratura do Auto de Infração de PIS e COFINS em processos distintos, sendo a lavratura efetuada na mesma data, sob as mesmas bases e argumentos, mesmo período fiscalizado, requer a reunião dos dois processos, por conexão na forma do art. 101 do CPC, para julgamento simultâneo, por economia processual e a fim de que não haja decisões conflitantes;

- preliminar de decadência: operou a decadência para os períodos de dezembro/1999 a novembro de 2000, uma vez que cientificada em 20/06/2005, contando-se da data de ocorrência do fato gerador, completara-se os cinco anos que resulta em homologação tácita do crédito tributário, não podendo o Fisco exigir a contribuição, diante de sua extinção, nos termos indicados no CTN, § 4º do art. 150 e 173, I, combinado com o art. 156, incisos V e VII; transcreve acórdãos de decisões administrativas e judiciais a respeito;

- preliminar de nulidade: cerceamento ao direito de defesa pela citação de diversos dispositivos que não guardam relação com a exigência; a Denúncia não está corretamente tipificada; deflui-se da simples leitura do auto de infração a citação de vários e esparsos dispositivos legais, não sabendo a Suplicante ao certo, de qual se defender e nem aquele que disciplina a matéria em discussão; nosso direito privado tem consagrado que são nulos todos os atos que deixarem de cumprir as formas previstas em lei (art. 104, III do Código Civil), preceptivas estas aplicáveis ao sistema tributário por força dos art. 109 e 110 do CTN e por ferir princípios norteadores do lançamento inscrito no art. 142 do CTN que é a clareza na proposição do lançamento;

- DA INTERPRETAÇÃO A SER EMPRESTADA AOS CONCEITOS DE FATURAMENTO E RECEITA BRUTA, CONSAGRADOS PELA LEI 9718/98 - esclareça-se que não se discute a inconstitucionalidade da Lei 9718/98, porém a interpretação equivocada do Fisco dos dispositivos que a compõem; a Constituição Federal em seu art. 195, I, b estabelece 'a receita ou faturamento' das empresas como uma das bases de cálculo; á época da publicação da Lei 9718/98, em 28/11/1998, no entanto, aquele dispositivo constitucional não trazia a expressão 'receita', (introduzida pela EC Nº 20, publicada em 16/12/98), mas, tão-somente faturamento, sendo que o conceito legal de faturamento já havia sido reconhecido pela Suprema Corte como sendo 'a receita bruta da venda de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
<i>Anschi.</i>	
Andreza Nascimento Schmeikal	
Mat. SIAPE 1377389	

2º CC-MF
Fl. _____

mercadorias e de mercadorias e serviços'; como a norma tem que ser interpretada a fazer justiça e de acordo com a Constituição Federal, se conclui que à Lei 9718/98 cabe a regra de interpretação imposta pelos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional; o conceito legal de faturamento coincide com a modalidade de receita discriminada no inciso I, do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, ou seja, é a receita bruta de vendas e serviços;

- COBRANÇA DA COFINS E DO PIS SOBRE A VARIAÇÃO CAMBIAL - há de se contestar a base de cálculo diante dos motivos seguintes:

mês de dezembro/1999: - 1) já decaiu o direito do Fisco de exigir tais parcelas uma vez que a ciência do auto de infração se deu há mais de cinco anos do fato gerador exigido; 2) o fato gerador do PIS e da COFINS, já abordado, são as receitas oriundas do exercício da "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços" (que representem receita da empresa no exercício da sua atividade); 3) não se pode tributar o PIS e COFINS, a variação cambial corrida em dezembro de 1999, pois naquele momento ainda não havia liquidação dos contratos, sendo tal variação mera expectativa de receita; não gerando receita de qualquer espécie, mas tão-somente escriturária;

- sobre este último questionamento, indica que as variações cambiais devem ser tributadas no momento de sua disponibilidade jurídica (Decisões nº 5/98, 89/98, e 51/2000 da Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região fiscal), para fins de apuração dessas contribuições, o que importa dizer que, não tendo havido disponibilidade jurídica, não há que se falar em tributação pelo regime de caixa ou pelo regime de competência; a M.P. 1.858-11/1999 é clara, no sentido de que a empresa pode excluir essas supostas receitas das bases de cálculo das ditas contribuições;

- ano-calendário de 2000: equivocadamente tributaram as variações cambiais passivas de contratos liquidados no período de outubro a dezembro de 2000; verifica-se que se a taxa de câmbio contratada na captação do empréstimo é menor do que a taxa de câmbio no momento da liquidação, significa que a empresa apurou despesa financeira e, por isso mesmo, não há que se falar em receita; segundo informações do Fisco nos controles auxiliares (planilha eletrônica) da impugnante havia informações no sentido de que para diversos contratos liquidados no período de outubro a dezembro de 2000 foram apuradas variações cambiais ativas e por isso deveriam ser tributadas pelo PIS e COFINS, entretanto, o que realmente ocorreu foi que nos controles auxiliares da Impugnante as informações estavam invertidas, ou seja, os valores que constavam na coluna de operações liquidadas como variação cambial ativa, na realidade, se referem à variação cambial passiva, ou seja, houve erro de preenchimento da planilha; os Autuantes deveriam ter verificado que o dólar utilizado na contratação era inferior ao dólar na data de liquidação, significando que foi necessária maior quantidade de reais para liquidar o empréstimo em moeda estrangeira, resultando que a impugnante teve um prejuízo nesta operação, ou uma variação cambial passiva;

- da análise dos documentos 8 e 10, anexos, percebe-se que os Autuantes lançam diferenças a tributar e nos meses que os recolhimentos de PIS e COFINS foram a maior silenciaram não considerando tais créditos para efeito de compensação de ofício, em desobediência ao CTN, em seu art. 147 § 2º; há que se fazer a compensação de ofício, sob pena de ferir o princípio da isonomia, transcreve o art. 34 da IN nº 460/2004;

- anos-calendário posteriores a 2000: após discorrer longamente sobre considerações fundamentais, citação de exemplo prático ocorrido com a impugnante conforme



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
Assch. Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. Siape 1377389	

2º CC-MF
Fl. _____

documento anexado (doc 5) detalhamento, transcrição de ementas judiciais, administrativas, conclui que a Impugnante não podia nem devia considerar na base de cálculo das contribuições as variações cambiais ativas, porque não são receitas eis que constituem mera expectativa e, segundo, porque pelo princípio contábil da prudência não se pode registrar uma receita que não se sabe se efetivamente irá ocorrer, já que depende de evento futuro e incerto; que a mera expectativa não tem o condão de aumentar o patrimônio da empresa, que tal como demonstrará, no contrato de seguro cuja finalidade é reparar os danos das oscilações da taxa de câmbio; não há acréscimos patrimoniais, muitos menos gera um faturamento, tendo em vista que o efeito no resultado é nulo;

- discorre sobre o assunto, detalhando os empréstimos contraídos expondo que ao passo que efetuou contrato de empréstimo com o BankBoston em moeda estrangeira, para se proteger ao menos de parte das oscilações da taxa de câmbio, celebrou contrato de hedge sem caixa, sob a forma de swap com o Banco Santander;

- conclui, indicando como explicado, que a variação cambial credora foi meramente para anular o impacto no resultado do aumento do passivo do empréstimo que está registrado na conta contábil 420502 - variação cambial, não há que se falar em receita e, por conseguinte em tributação do PIS e COFINS, até porque não ocorre capacidade contributiva;

- após discorrer sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC conclui que a mesma não pode ser aplicada nas relações tributárias tanto por alterar o sentido jurídico dos juros de mora, em afronta ao art. 110 do CTN, como por desrespeitar o limite dos juros estabelecido no art. 161, § 1º do CTN e o limite determinado pelo art. 192, § 3º da Constituição Federal e por ser forma subliminar de aumento de tributo sem competência constitucional e se for tributo residual sem a correspondente Lei Complementar (ex-vi do art. 150, I e 164, I e 195, § 4º da Constituição e 97 I e IV do CTN e ainda por consagrar o anatocismo, figura repudiada no ordenamento jurídico);

- ao final, requer:

- que seja declarada nula a exigência fiscal diante das preliminares levantadas de cerceamento ao direito de defesa; que seja reconhecida a decadência dos valores lançados relativos a dezembro de 1999 a junho de 2000;

- sejam declarados improcedentes os Autos de Infração;

- em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Defendente (art. 112 do CTN);

protesta e requer por todos os meios de provas permitidas em direito, inclusive juntada posterior de provas na forma do inciso III, do art. 3º da Lei 9718/98."

Apreciando as razões postas na impugnação, a Turma Julgadora proferiu decisão, resumida na seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999, 01/11/2000 a 31/12/2001, 01/02/2002 a 30/04/2002, 01/02/2004 a 31/03/2004

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE - Estando os atos administrativos, consubstanciados do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>31</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Ansel.</i> Andrezza Nascimento Schmickal Mat. Sispac 1377389

2º CC-MF
Fl.

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. O direito de apurar e constituir o crédito, nos casos de Contribuições Sociais para a Seguridade Social, só se extingue após 10(dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

NORMAS LEGAIS. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA. A apreciação de arguição de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas legais compete ao Poder Judiciário, não cabendo à autoridade administrativa discutir tais matérias.

VARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE COMPETÊNCIA REGIME DE CAIXA. 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, devem ser reconhecidas a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes, se pelo regime de caixa a tributação se dá no momento de liquidação do contrato.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se os juros de mora, com base na taxa SELIC, por expressa previsão legal.

Lançamento Procedente".

A decisão recorrida esta especada nos seguintes fundamentos:

- incorrência da decadência alegada em razão do disposto no art. 45 da Lei nº 8.212/91;

- a obrigatoriedade de inclusão das variações monetárias e cambiais ativas na base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS foi introduzida pela Lei nº 9.718/98 (art. 9º), com efeitos a partir de fevereiro de 1999, seguindo-se o regime contábil utilizado a partir de 2000; e

- no que tange à exigência de juros de mora, os cálculos nos percentuais constantes às fls. 12 e 13 estão de acordo com o que estabelecem o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, devidamente configurados à fl. 13, que determinam aplicação de percentual equivalente à taxa referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

A empresa foi intimada a conhecer da decisão em 20/02/2006, contra a qual se insurgiu em 21/03/2006, apresentando recurso voluntário a este Egrégio Conselho de Contribuintes, com as mesmas razões de dissenter postas na impugnação, consistindo em:

a) necessidade de proceder à reunião dos autos relativos ao PIS e à Cofins em razão da utilização de mesmos fundamentos de autuação, tendo em vista o disposto no art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72;

b) preliminar de decadência - o prazo para lançamento de PIS e Cofins é de 5 anos, a contar do fato gerador. Do crédito lançado, relativo ao período de dezembro de 1999 a novembro de 2002, teve ciência em 20/06/2005. O período de dezembro de 1999 a junho de 2000 encontra-se extinto, tanto pela homologação quanto pela decadência. Cita precedentes jurisprudenciais judiciais e administrativos:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
<i>Ansch</i>	
Andreza Nascimento Schmickal	
Mat. Siapc 1377389	

2º CC-MF
Fl. _____

c) no mérito, a autuação se deu com base no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, alcançando as reduções de passivo de contratos de empréstimos ainda não liquidados, por entender tratar-se de receitas financeiras. Redução de passivo não é fato gerador do PIS e da Cofins, mas antes o faturamento. A variação cambial tributada decorreu da oscilação do valor do dólar frente ao real, sendo que em um mês, oscilando o dólar para mais, havia variação monetária passiva; oscilando o dólar para menos, ocorria variação monetária ativa, porém, totalmente contábil, inexistindo efetiva realização do ganho ou da perda;

d) pugna pela correta interpretação a ser emprestada aos conceitos de faturamento e receita bruta, consagrados pela Lei nº 9.718/98. Não aventa a inconstitucionalidade da referida lei, somente a equivocada interpretação do Fisco acerca da aplicação de seus dispositivos;

e) aduz haver prevalência do conceito de faturamento previsto na Lei Complementar nº 70/91, em detrimento do previsto na Lei Ordinária nº 9.718/98. Cita precedentes judiciais do STJ e de Tribunais Superiores;

f) argumenta que o STF já havia admitido que o conceito de faturamento fosse o mesmo conceito de receita bruta. Entretanto, não admitiu o alargamento do conceito para alcançar todo lançamento contábil efetuado a débito de contas ativas referentes à apuração de resultado;

g) reporta-se à declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084/PR e 357.950/RS, em 09/11/2005, por entender que referida regra extrapolou a competência atribuída pelo art. 195, I, redação original, e do art. 195, § 4º, da Constituição Federal, de vez que este último admitia a incidência somente sobre o faturamento;

h) reafirma a impossibilidade de se incluir "expectativas de receita", decorrentes de variação cambial na base de cálculo do PIS e da Cofins;

i) pontua que a exigência relativa ao mês de dezembro de 1999 é indevida, se não pela decadência, pelo fato de se tratar de mera expectativa de receita; quanto ao ano de 2000, alega que foram inseridas na base de cálculo as variações cambiais passivas, ou seja, a diferença a maior da taxa de câmbio na liquidação em relação à taxa de câmbio vigente na contratação do empréstimo. Apresenta os períodos em que a base de cálculo foi indevidamente majorada, anexando aos autos as planilhas contábeis, bem como informando que tais valores constaram corretamente na DIPJ;

j) para os anos de 2001 em diante foi autuada a variação monetária contabilizada em razão da oscilação do câmbio, constituindo todos os valores lançados mera expectativa de receita, sendo que nas operações de *swap* inexistente receita ou despesa, uma vez que na liquidação o resultado final - receita ou despesa - é de titularidade do banco que garante a operação de *swap*;

k) raciocina que os valores envolvidos nos contratos de empréstimos possuem condição suspensiva, estabelecida nos arts. 116, II, e 117, I, do CTN, em face da implementação do fato gerador do PIS e da Cofins somente quando ocorrer a liquidação da operação e se nesta resultar desvalor do dólar;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 31 / 05 / 2007

Anscl
Andrezza Nascimento Schmcikal
Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF

Fl.

l) descumprimento das disposições do art. 147 do CTN pelos autuantes, na medida em que autuaram os períodos em que constatarem insuficiência de recolhimento, porém, ignorando e silenciando acerca dos períodos em que constatarem recolhimento a maior que o devido, como pode ser constatado nas planilhas utilizadas pelo Fisco;

m) caráter confiscatório da multa de 75%; e

n) ilegalidade da taxa Selic.

Ao fim, requer o reconhecimento dos fundamentos expostos, dando provimento ao recurso voluntário interposto, reformando a decisão recorrida, declarando a nulidade/improcedência dos autos de infração lavrados, relativos ao PIS e à Cofins.

A recorrente apresenta às fls. 514 a 519 balanço patrimonial relativo ao ano de 2005 e balancete referente ao mês de dezembro de 2005; a autoridade administrativa juntou às fls. 520 e 521 extrato eletrônico da Declaração do IRPJ da recorrente. Todos os documentos listados dão conta de inexistência de bens no ativo imobilizado, razão pela qual não houve apresentação de arrolamento de bens, nem de garantia do crédito tributário.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmeikal	
Mat. Siapc 1377389	

2º CC-MF

FL. _

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

Importa inicialmente esclarecer que a norma pertinente à garantia de instância estabelece, prioritariamente, a apresentação de garantia por meio do arrolamento de bens ou direitos correspondentes a 30% do crédito tributário lançado.

Verifica-se que, diante da inexistência de bens no ativo imobilizado e de outras disponibilidades, não possui a recorrente direitos suficientes para realizar a garantia de instância.

Admitido o recurso voluntário nos termos da IN SRF nº 264/2002.

Trata-se de exigência tributária constituída, exclusivamente, sobre receitas de variação cambial com fulcro no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Impõe-se seja observada a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

O RE nº 390.840/MG, apreciado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09/11/2005, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, foi julgado e 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. 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
Assinatura: <i>Andrezza</i>	
Andrezza Nascimento Schmeikal	
Mat. Siapc 1377389	

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005.

No voto condutor da sentença, reproduzindo o art. 2º da Lei nº 9.718/98, no qual está definida a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins como sendo o faturamento, assim se manifesta o Ministro-Relator:

"Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo a faturamento sem dar-lhe, no campo da ficção jurídica, conotação discrepante da consagrada por doutrina e jurisprudência, ter-se-ia solução idêntica à concernente à Lei nº 9.715/98. Tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, ou seja, a envolver o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços. Respeitado estaria o Diploma Maior ao estabelecer, no inciso I do artigo 195, o cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo empregador, considerado o faturamento. Em última análise, ter-se-ia a observância da ordem natural das coisas, do conceito do instituto que é o faturamento, caminhando-se para o atendimento da jurisprudência desta Corte."

Após digressão acerca de decisões outras e passadas do Pretório Excelso, retoma o Ministro a Lei nº 9.718/98, completando:

"Então, após mencionar a jurisprudência da Corte sobre a valia dos institutos, dos vocábulos e expressões constantes dos textos constitucionais e legais e considerada a visão técnico-vernacular, volto à Lei nº 9.718/98, salientando, como retratado acima, constar do artigo 2º a referência a faturamento. No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços."

E continua, após reproduzir o texto do artigo 3º:

"Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos 'faturamento' e 'receita bruta'. Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria."

Após reproduzir o § 1º do art. 3º, arremata:

"O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil."

Mais adiante conclui:

"A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmeikal	
Mat. Siape 1377389	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial."

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.

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 autuação 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, que 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, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ademais, também não lhe compete dar sequência à 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 crucis* 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, com arrimo no disposto no parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97, estar na esfera de competência do julgador administrativo afastar a exigência tributária



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	<u>31</u> / <u>05</u> / <u>2007</u>
<i>Ansch.</i> Andrezza Nascimento Schmickal Mat. Siape 1377389	

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 19647.006697/2005-78
Recurso nº : 134.424
Acórdão nº : 202-17.403

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.

Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa à contribuição para o PIS e à Cofins contida nos autos, porquanto relativas à variação cambial e receita financeira não inseridas na base de cálculo pela recorrente exatamente por entender inconstitucional o comando legal que determinava a tributação de tal parcela.

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.

Por despiciendo, não são objeto de apreciação as alegações contrárias à multa de ofício e aos juros de mora.

Com essas considerações, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2006.

Maria Cristina Roza da Costa
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA