

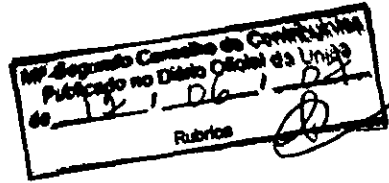


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.001464/2004-94
Recurso nº : 136.100
Acórdão nº : 203-12.012

Recorrente : LOJAS AMERICANAS S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ



PIS. RECEITAS FINANCEIRAS - AÇÃO JUDICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA Transitada em julgado, a sentença proferida em ação judicial é definitiva, produzindo efeitos nos estritos termos em que foi prolatada. A decisão do Poder Judiciário prevalece sobre eventual decisão administrativa. Inteligência do art. XXXV da Constituição Federal de 1988 e ao art. 472 do CPC, daí a observação à renúncia à via administrativa.

Recurso não conhecido, face à opção pela via judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
LOJAS AMERICANAS S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, face à opção pela via judicial.

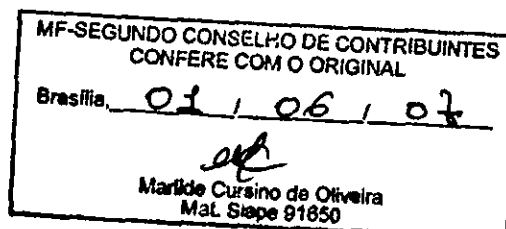
Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007.


Antonio Bezerra Neto
Presidente


Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Sílvia de Brito Oliveira, Ivan Alegretti (Suplente), Odassi Guerzoni Filho e Dory Edson Marianelli.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva
Eaal/





Processo nº : 18471.001464/2004-94
Recurso nº : 136.100
Acórdão nº : 203-12.012

Recorrente : LOJAS AMERICANAS S/A

RELATÓRIO

A lide administrativa tributária que ora se nos oferece tem origem em Auto de Infração lavrado contra a interessada e para a exigência de suposta diferença de recolhimento do PIS, referentes aos resultados negativos das rubricas "Rendimento Mercado Futuro Hedge", "Rendimento Mercado Futuro", "Variação Cambial Ativa" e "Juros Recebidos". Essas receitas foram denominadas como receitas financeiras e que as mesmas, segundo a Fiscalização, deveriam compor a receita bruta da interessada, em razão do que disciplina a Lei nº 9.718/98.

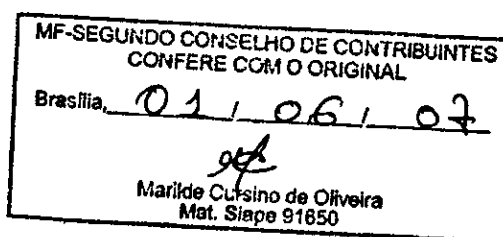
Em apertada síntese, a interessada impugnou a autuação com os seguintes argumentos: (i) para as contas "Variação Cambial Ativa", "Rendimento Mercado Futuro Hedge" e "Rendimento Mercado Futuro", as receitas financeiras decorrentes dessas rubricas somente poderiam ser – se tributadas fossem – somente ao final do contrato e/ou operação; e, (ii) para as rubricas "Variação Monetária Ativa" e "Juros Recebidos", argumenta que as referidas contas referem-se a estornos realizados com o objetivo de corrigir lançamentos contábeis erroneamente registrados nas mesmas e a tais títulos.

O lançamento foi mantido pela Quinta Turma da DRJ Rio de Janeiro, sendo que para o item (i) acima, o argumento é da opção que a interessada deveria ter feito pelos regimes de caixa ou competência; e, para o item (ii), manifestou a ausência de provas que dessem suporte aos argumentos da interessada.

Recorre a interessada a este Colegiado, trazendo como razões de recurso, em seu apelo voluntário, aquelas já abordadas em impugnação.

Após o envio dos autos a este Segundo Conselho, mas por se tratar de fato novo, a interessada colaciona aos autos: cópia de Certidão de Objeto e Pé da Justiça Federal do Rio de Janeiro, acompanhada de cópia de inicial de mandado de segurança impetrado; acórdão do Superior Tribunal de Justiça com respectiva Certidão de trânsito em julgado; e, cópia de decisão do Supremo Tribunal Federal com respectiva Certidão de trânsito em julgado. Tal juntada de documentos tem por escopo demonstrar que a interessada tem em seu favor decisões exaradas pelo Poder Judiciário concluindo pela ilegalidade e inconstitucionalidade de parte da Lei nº 9.718/98, objeto da presente discussão administrativa.

É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.001464/2004-94
Recurso nº : 136.100
Acórdão nº : 203-12.012

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	2º CC-MF Fl.
Brasília, 01, 06, 07	
 Marilide Cursino de Oliveira Mat. Siape 91650	

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Como relatado, trata-se de recurso voluntário manejado contra acórdão que manteve Auto de Infração lavrado contra a recorrente e para a exigência de suposta diferença de recolhimento do PIS, referentes aos resultados negativos das rubricas "Rendimento Mercado Futuro Hedge", "Rendimento Mercado Futuro", "Variação Cambial Ativa" e "Juros Recebidôs". Essas receitas foram denominadas como receitas financeiras e que as mesmas, segundo a Fiscalização, deveriam compor a receita bruta da interessada, em razão do que disciplina a Lei nº 9.718/98.

No que diz respeito às rubricas "Variação Cambial Ativa", "Rendimento Mercado Futuro Hedge" e "Rendimento Mercado Futuro", meu entendimento sobre a matéria é o seguinte¹:

"Em razão da discussão que se encerra neste processo, sinto-me inclinado a manifestar a presente declaração de voto a propósito de qual momento a variação cambial se converte em receita para fins de tributação.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 640.059/CE, concluiu que "estabelece que os resultados das variações cambiais, oriundos de empréstimos em moeda estrangeira, deverão ser considerados, para fins de incidência do PIS e da COFINS, quando da efetiva liquidação das operações." Tal decisão transitou em julgado nos idos de dezembro de 2004.

Aliás, diferente não é o entendimento da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que, à maioria de votos, decidiu que "para fins de apuração da Cofins, considera-se receita financeira a variação cambial ativa apurada na data da liquidação do contrato." (Recurso Voluntário nº 128.782, Acórdão nº 201-78700).

Somado a tudo quanto acima exposto, valiosos são os ensinamentos de José Antonio Minatel, extraídos de sua obra 'Conteúdo do Conceito de Receita e Regime Jurídico para sua Tributação', MP Editora, São Paulo – 2005, páginas 231 a 237, como se aqui estivessem transcritos em sua integralidade. Na aludida obra, o Autor trata do momento em que a receita decorrente de 'variação cambial' deve ser reconhecida para fins de tributação, isto sob os auspícios da Lei nº 9.718/98.

De fato, a legislação que está a tratar de tal assunto é a Lei nº 9.718/98, recentemente em sua parcialidade declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Entendo, e aqui faço a ressalva, que este Colegiado não estaria autorizado a reconhecer e/ou declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, declarada pela Corte Suprema, pois tal declaração tem se dado entre partes, com efeitos restritos.

Não obstante, observo já haver pronunciamento jurisdicional no seguinte sentido:

"AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 475.812-1PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EROS GRAU

¹ Declaração de voto apresentada por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário nº 131.290

cup



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.001464/2004-94
Recurso nº : 136.100
Acórdão nº : 203-12.012

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL		2º CC-MF
Brasília, 01, 06, 07		FI.
 Marilce Cursino de Oliveira Mat. SIAPE 91650		

AGTE.(S): IRMÃOS FRANCESCHI ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): DELANO FERRAZ CUNHA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - JULIANA FURTADO COSTA

VOTO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): *As alegações das agravantes não infirmam a decisão agravada.*

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, Sessão do dia 9.11.2005, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, na parte em que acrescentou receitas diversas daquelas do produto da venda de mercadoria, de mercadoria e serviços e de serviço de qualquer natureza ao conceito de receita bruta do contribuinte [LC 70/91, artigo 2º]. A instituição de nova fonte destinada à manutenção da seguridade social somente seria admissível pela via de lei complementar [CB/88, artigo 195, § 4º].

3. A alegação das agravantes --- de que os precedentes não poderiam ter sido utilizados como fundamento da decisão agravada --- não merece prosperar. Este Tribunal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva [RE n. 388.830, DJ de 10.3.2006, 2ª Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes].

4. Essa conclusão foi adotada pelo Plenário no julgamento da SE n. 5.206-AgR, voto proferido em 8.5.97, quando o Relator o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou:

"E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer - como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas (Casación Civil, trad., EJE, BsAs, 1959, 12 ss.) - que no recurso extraordinário - via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei -, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de

Cup



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02, 06, 07
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. Sisepe 81650

2º CC-MF Fl.

Processo nº : 18471.001464/2004-94
Recurso nº : 136.100
Acórdão nº : 203-12.012

controle incidenter em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado "como elemento propulsor posto a serviço de interesse público", que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe."

Nego provimento ao agravo regimental."

Mas, permito-me reconhecer a inaplicabilidade de tal dispositivo legal sob os auspícios da jurisprudência lançada pelo Superior Tribunal de Justiça já nos idos de 2005, quando foi provocado a se manifestar sobre o tema em apreço e sob o enfoque da norma infraconstitucional.

E assim concluiu aquele Tribunal Superior:

"RECURSO ESPECIAL - ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 515 E 535 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - PIS E COFINS - LEI N. 9.718/98 - MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA - CONCEITO DE FATURAMENTO E O ARTIGO 110 DO CTN - BASE DE CÁLCULO DA COFINS - ALTERAÇÃO DE CONCEITO DE DIREITO PRIVADO - FATURAMENTO EQUIVALE À RECEITA BRUTA COMO PRODUTO DAS VENDAS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS.

- Não houve a alegada violação dos artigos 515 e 535 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a Corte de origem apreciou devidamente toda a matéria recursal devolvida.

- Nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, o faturamento é sinônimo de receita bruta, sendo esta o resultado da venda de bens e serviços. A Lei n. 9.718/98, contudo, ampliou o conceito de faturamento ao equipará-lo à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, com as exclusões do § 2º do artigo 3º.

- A Lei n. 9.718/98, ao estender o conceito de faturamento, para fins de incidência da COFINS, para todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da classificação contábil, incluiu outras receitas além daquelas advindas de vendas e serviços, circunstância a evidenciar afronta do disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional. Precedentes da colenda 2ª Turma (REsp 501.628-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24.05.2004; e REsp 617.642/PE, da relatoria deste Magistrado, j. em 03.08.2004).

- A Lei Complementar n. 70/91, que definiu a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza como a base de cálculo da COFINS, não é suscetível de alteração por meio de lei ordinária. Iterativos ensinamentos doutrinários.

- Recurso especial provido." (REsp nº 645.238, Min. Franciulli Neto, Segunda Turma do S.T.J., acórdão publicado no D.J.U., Seção I, de 13/12/2004)

A matéria, portanto, foi examinada sob a ilegalidade do artigo 3º da Lei nº 9718/98, em face do comando legal contido no artigo 110 do Código Tributário Nacional, o que também pode ser adotado e realizado por este Colegiado Superior.

É ainda relevante destacar sobre o tema e a aplicabilidade da análise da matéria sob o enfoque do artigo 110 do CTN, que o próprio Supremo Tribunal Federal², para reconhecer a inconstitucionalidade do mencionado artigo da Lei nº 9.718/98, viu-se

² Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do S.T.F., acórdão publicado no D.J.U., Seção I, de 15/8/2006

cf



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 18471.001464/2004-94
Recurso n^o : 136.100
Acórdão n^o : 203-12.012

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>01</u> / <u>06</u> / <u>07</u>
 Marilde Cursino de Oliveira Mat. Siape 91650

2 ^o CC-MF Fl. _____

obrigado a validar e reconhecer o julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a mesma discussão, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3^o, § 1^o, DA LEI N^o 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL N^o 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 § 1^o DO ARTIGO 3^o DA LEI N^o 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n^o 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 § 1^o do artigo 3^o da Lei n^o 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.” (destaquei)

Diante desses argumentos, não me sinto constrangido em concluir que não se aplica ao caso em concreto o artigo 3^o da Lei n^o 9.718/98, por ilegal. Daí, ser possível a exclusão para fins de tributação das receitas auferidas pela recorrente sob a rubrica “variação cambial”, nos moldes em que exigida pela Fiscalização.

Em conclusão, declaro meu voto pelo provimento ao recurso interposto, conforme acima apontado.”

Já, com relação às contas “Variação Monetária Ativa” e “Juros Recebidos”, estaria eu inclinado a acompanhar o entendimento do acórdão recorrido, uma vez que a recorrente não logrou demonstrar/comprovar os argumentos lançados em impugnação e em recurso a este Segundo Conselho de Contribuintes.

Ocorre que para todas as receitas financeiras até agora analisadas, surge um obstáculo maior, ao qual entendo devemos nos curvar, qual seja: o fato de a recorrente deter provimentos jurisdicionais transitados em julgados pela declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade de parte da Lei n^o 9.718/98 (ver fls. 488 e 490 dos autos)

Do pedido formulado em mandado de segurança pela ora recorrente, acolhido que foi pelo Supremo Tribunal Federal, destaco:

“IV. – O PEDIDO

54. – Diante da clareza da inconstitucionalidade e ilegalidade do alcance da base de cálculo ditada pela Lei 9.718, cujos fundamentos foram exaustivamente expostos acima, verificou-se, inicialmente, a ilegalidade/inconstitucionalidade da exigência da “nova” contribuição ao PIS, com base no faturamento conceituado pelo artigo 2^o e 3^o, parágrafo 1^o, da citada Lei 9.718/98 (“receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”).

cup



Processo nº : 18471.001464/2004-94
Recurso nº : 136.100
Acórdão nº : 203-12.012

55. – Ademais, restou claro que a única base de cálculo assimilável para a exigência da contribuição PIS, para as sociedades comerciais, como a Impetrante, é o faturamento entendido como as receitas decorrentes das vendas mercantis da Impetrante, excluídos quaisquer outros tipos de receitas que não decorram de tais operações, já que se trata de instituto de direito comercial de definição precisa e imutável, sendo vedada qualquer alargamento da base de cálculo adotada desde a Lei Complementar nº 7/70 e atualmente contida na Lei 9.715/98, para a exigência da contribuição ao PIS.

56. – Demonstrado, assim, seu direito líquido e certo de não ser compelida pela D. Autoridade Coatora ao recolhimento de exação ilegal e inconstitucional, com base nas regras mencionadas no item acima, a Impetrante, ..., requer a concessão de ordem liminar, ..., para que seja suspensa a exigibilidade da diferença da contribuição ao PIS com base na Lei 9.718 e na Lei 9.715, ambas de 1998, nem imposta qualquer penalidade pela Autoridade Administrativa, tendo em vista a evidência da inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência da exação com fundamento no alargamento indiscriminado do instituto "faturamento".

57. – Requer, por fim, que a final seja concedida a segurança pleiteada, para declarar a inexigibilidade da contribuição ao PIS, na modalidade exigida pela Lei 9.718, de 1998, bem como a inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo único, da citada Lei nº 9.718/98, tendo em vista as inconstitucionalidades que macularam o alargamento da base de cálculo da contribuição ao PIS." (destaques no original)

Diante daquilo que já restou decidido em definitivo pelo Poder Judiciário, frise-se, a favor dos argumentos expendidos pela ora recorrente, ou seja, de que a mesma não está obrigada a recolher o PIS sobre as receitas estranhas ao conceito de faturamento, assim entendido o somatório de receitas oriundas de venda de mercadorias e serviços, não conheço do recurso voluntário interposto, por renúncia à esfera administrativa, cabendo à Fiscalização observar e aplicar aquilo que restou decidido em definitivo pelo Poder Judiciário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

