

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



104

PARECERES

A Incidência de PIS/Cofins sobre a Variação Cambial Gerada nas Operações de Exportação de Mercadorias

Helenilson Cunha Pontes

1. Dos Fatos e da Consulta

A Consulente é empresa que realiza operações de exportação de mercadorias ao exterior, auferindo receita de tais operações. É sabido que o PIS/Cofins são tributos que incidem sobre faturamento, conceito que a partir da Lei nº 9.718/98 passou a ser definido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica independentemente da classificação ou da denominação contábil.

As operações de exportação de mercadorias são veiculadas através de negócios jurídicos de compra e venda cujo preço é definido em moeda estrangeira, logo, no bojo da operação, via de regra, são geradas variações monetárias (cambiais), definidas pelo art. 9º da Lei nº 9.718/98 como receitas financeiras.

Por outro lado, o direito positivo determina a não-incidência do PIS/Cofins sobre as receitas decorrentes de exportação de mercadorias. Esta não-incidência tornou-se imunidade através da Emenda Constitucional nº 33.

Assim, surge a questão relativa ao adequado tratamento da variação cambial gerada através de operações de exportação de mercadorias, em face, sobretudo, da imunidade, relativamente às contribuições sociais, das receitas de exportação trazida à lume pela Emenda Constitucional nº 33/01.

Diante do exposto, a Consulente formula a seguinte consulta:

“A não-incidência das contribuições sociais sobre as receitas decorrentes de exportação, conforme disposto no artigo 1º da Emenda Constitucional n. 33, de 2001, o qual acresceu parágrafos ao artigo 149 da Constituição Federal, no tocante apenas às contribuições ao PIS e Cofins aplica-se à variação cambial

a) calculada entre a data da emissão da Nota Fiscal/embarque e a data do fechamento do contrato de câmbio (Portaria/MF 356/88)? Ou seja, nos pagamentos que denominamos ‘Decam’ onde a mercadoria é embarcada e o pagamento por parte do importador pode ser realizado em até 30 dias da data do embarque, registrando-se variação cambial do Contas a receber do importador;

b) calculada entre a data do fechamento do contrato de câmbio à título de ‘Adiantamento do Importador’ - celebrado através do contrato padrão do Banco Central do Brasil ‘Pagamento Antecipado de Exportação’ - Capítulo 5, Título 12, do CNC - Consolidação das Normas Cambiais, e a data da emissão da Nota Fiscal/embarque? Ressaltamos que neste



Helenilson Cunha Pontes

é Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e Advogado.

caso, a exportação foi quitada antecipadamente, registrando o contribuinte, portanto, uma Obrigação (Passivo), que dada a desvalorização da moeda estrangeira, resultou em registro de crédito em contas de resultado.

Atualmente, neste caso, não há registro de Contas a receber (ativo) em relação ao Importador, quem adiantou recursos para que fosse realizada a exportação. Todavia, dado que esta antecipação pode ser feita por conta do próprio importador ou terceiro, inclusive instituição financeira, ambos estabelecidos no exterior, solicitamos seus entendimentos em relação aos dois casos;

c) calculada entra a data do fechamento do contrato de câmbio à título de ACC - Adiantamento de Contrato de Fechamento de Câmbio (Capítulo 5, Título 3 da CNC) e a data da emissão da Nota Fiscal/embarque? O ACC constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada a termo, devendo ter a sua concessão pelos bancos nacionais e utilização pelos exportadores dirigida para o fim precípuo de apoio financeiro à exportação. Dado que o adiantamento é concedido por banco (instituição financeira) local e vinculado à exportação, portanto, considerado como financiamento à exportação, a empresa tem calculado o crédito sobre as despesas financeiras (variação cambial passiva, quando houver, e juros) referentes a esses contratos;

Informo também que as variações cambiais estão sendo consideradas para fins de cálculo dos tributos federais, a saber, contribuição ao PIS, Cofins, imposto de renda e contribuição social, pelo regime de caixa, nos termos do artigo 30 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001."

2. A Incidência do PIS/Cofins sobre as Receitas de Exportação

O art. 7º da Lei Complementar nº 70/91, com a redação da Lei Complementar nº 85/96, isentava da incidência da Cofins as receitas decorrentes de vendas de mercadorias para o exterior. Esta norma isentiva foi revogada a partir de 30 de junho de 1999 pela Medida Provisória nº 2.158-35/01 (art. 93, II, "a"). Todavia, a isenção de Cofins para as receitas de exportação concedida pela norma revogada foi repetida expressamente pelo art. 14 da Medida Provisória revogadora, mantendo, assim, o regime de isenção para aquelas receitas.

No que tange ao PIS, o art. 5º da Lei nº 7.714/88, com a redação do art. 1º da Lei nº 9.004/95, determinava que a receita de exportação poderia ser excluída da apuração da base de cálculo do PIS. Esta não-incidência legal foi revogada a partir de 30 de junho de 1999 pela Medida Provisória nº 2.158-35/01 (art. 14, II, "c"). No entanto, aquela não-incidência legal foi transformada em isenção legal pelo art. 14, § 1º da aludida Medida Provisória, confirmando a não-tributação pelo PIS das receitas de exportação de mercadorias.

Vale registrar que a Medida Provisória nº 2.158-35/01, mesmo não tendo sido ainda convertida em lei formal, continua com plena vigência, validade e eficácia por força do art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32, de 12 de setembro de 2001, segundo o qual as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da aludida Emenda Constitucional continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Portanto, as receitas decorrentes da exportação de mercadorias desde a Lei Complementar nº 85/96, para a Cofins, e a Lei nº 7.714/88 para o PIS, sempre estiveram livres da incidência destas contribuições, que, por determinação constitucional, podem gravar o faturamento da pessoa jurídica, entendida esta expressão como o produto da venda de bens e da prestação de serviços.

Ocorre que a Lei nº 9.718/98 operou uma consolidação na definição do regime tributário do PIS/Cofins e alterou a base de cálculo destes tributos (faturamento) para "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" (art. 3º, § 1º).

Em outras palavras, as receitas financeiras (receitas que não se enquadravam no anterior conceito legal de faturamento como o produto da venda de bens e da prestação de serviços) passaram a constituir materialidade tributada pelo PIS/Cofins após a Lei nº 9.718/98.

Vale registrar que o juízo acerca da constitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS/Cofins veiculada pela Lei nº 9.718/98 encontra-se atualmente submetido ao plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 346.084-PR, cujo julgamento encontra-se suspenso por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

A rigor, o aumento de base de cálculo (mediante a ampliação do conceito de faturamento) nenhuma alteração traria ao regime tributário das receitas decorrentes de exportação na medida em que estas receitas, embora estivessem sob o alcance constitucional daquelas contribuições (por configurarem faturamento - produto da venda de bens e prestação de serviços), gozavam de expressa isenção legal de PIS/Cofins, a qual era garantida no momento da edição da Lei nº 9.718/98 pela Medida Provisória nº 2.158-35/01.

Em outras palavras, as receitas de exportação estavam isentas de PIS/Cofins antes da edição da Lei nº 9.718/98 e assim permaneceram após a edição desta lei, por força do disposto na Medida Provisória nº 2.158-35/01.

Ocorre que o art. 9º da Lei nº 9.718/98 estabeleceu que

“as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/Pasep e da Cofins, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso”.

Como na operação de exportação via de regra gera-se variação monetária por força da vinculação do preço do contrato à moeda estrangeira e, conseqüentemente, à variação cambial por esta sofrida, necessário perquirir-se se esta variação monetária, considerada receita financeira nos termos do art. 9º da Lei nº 9.718/98, deve ser tratada como tal (logo, submeter-se à incidência do PIS/Cofins) ou deve seguir o regime tributário da receita de exportação, isenta destas contribuições.

A definição da variação monetária como receita financeira equivale a submeter a variação cambial de um direito de crédito ou de uma obrigação relativos a uma operação de exportação (que geram uma receita de igual natureza) à tributação pelo PIS/Cofins como as demais receitas financeiras ou deve aquela variação cambial seguir o tratamento da receita gerada pelo direito de crédito/obrigação de que é mero acessório?

A adequada resposta a tal questão exige a análise da real natureza da relação jurídica da qual “direito de crédito” e “obrigação” são meras manifestações e no bojo da qual nascem.

3. As Operações de Exportação contemplam Dívidas de Valor

As operações de exportação objeto da consulta consubstanciam contratos de compra e venda através dos quais o vendedor (credor) vende produtos a comprador (devedor) situado no exterior. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a lhe pagar certo preço em dinheiro, na dicção normativa do art. 481 do Código Civil. Presentes aí os três elementos essenciais deste vínculo obrigacional: o consenso, a coisa e o preço.

A expressão monetária do dever obrigacional de um contrato de compra e venda que alicerce uma operação de exportação de mercadorias constitui uma dívida de valor, na medida em que aquele negócio jurídico tem seu preço fixado em moeda estrangeira (variável de valor), por expressa autorização do art. 2º, I do Decreto-lei nº 857/69, combinado com o art. 318 do Código Civil e art. 1º, I da Lei nº 10.192/01.

Vale dizer, a estipulação relativa ao valor da prestação (preço) devida pelo importador estrangeiro ao exportador brasileiro, porque fixada em moeda estrangeira, foge ao nomina-

lismo monetário e representa autêntica dívida de valor e não de dinheiro. Contratualmente, o importador deve certa quantidade fixa de moeda estrangeira independentemente da relação de troca entre esta e o valor da moeda nacional ou do valor (em moeda nacional) das mercadorias que o exportador se obrigou a enviar ao exterior no momento em que tal fato se realizar.

Da mesma forma, o dever do exportador brasileiro em relação ao importador estrangeiro, consubstanciado na entrega de certa quantidade de mercadorias, também é avaliado contratualmente em moeda estrangeira (dever de entregar "x" mercadorias que equivalem a um valor fixo de moeda estrangeira, independentemente do valor destas mercadorias em moeda nacional no momento da conclusão do negócio ou da relação de troca entre a moeda nacional e a moeda estrangeira neste momento).

É vetusta e conhecida a distinção entre dívida de valor e dívida de dinheiro no Direito Econômico e no Direito obrigacional, enquanto classificação dogmática criada pela Teoria do Direito para melhor compreender e explicar racionalmente as diferentes funções da moeda e sua repercussão nos vínculos jurídicos de natureza econômica, estipulados em termos monetários.

Ruy Cirne Lima ensina que

"Dentre as funções da moeda, duas merecem especial relevo: a) a que lhe advém de ser padrão de cômputo de valor, e b) a que lhe deriva de ser, também instrumento de troca (...) Essas duas funções da moeda dividem e distinguem, entre si, as prestações em dinheiro, no direito das obrigações. Se a prestação supõe a moeda como padrão de cômputo, para determinação do valor a prestar, a dívida diz-se de *dinheiro*; se diversamente, a supõe simplesmente como instrumento de troca, por intermédio do qual o valor será prestado, a dívida há de dizer-se, então, de *valor*." ("Dívida de Valor e Dívida de Dinheiro", *Revista de Direito Público*, vol. 6, p. 88)

Como afirmou Túlio Ascarelli a fixação de uma prestação obrigacional em moeda estrangeira, embora convertida para moeda nacional no momento da liquidação, equivale a uma derrogação do princípio nominalístico que, como regra geral, rege as relações contratuais, "verbis":

"Diverso é o problema concernente à possibilidade de as partes derogarem o princípio do valor nominal, estabelecendo que a soma devida (embora pagável em moeda nacional) deva corresponder a um determinado conteúdo metálico, ou a uma determinada soma em moeda estrangeira ou a um determinado poder aquisitivo. Tal é o caso das cláusulas valor-ouro, valor-moeda estrangeira ou números-índice." (*Studi Giuridici sulla moneta*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 69)

Nas dívidas de valor, portanto, o efetivo *quantum debeatur* (porque sujeito a variações nominais do padrão de valor eleito contratualmente) somente é conhecido no momento da liquidação efetiva da dívida ou da consumação do negócio jurídico que, no caso da compra e venda de bens móveis, é a tradição do bem.

As operações de exportação de mercadorias contemplam efetivas dívidas de valor na medida em que a prestação respectiva é definida em moeda estrangeira, cujo valor de troca em relação à moeda nacional é variável.

Ocorre que a tradição da mercadoria exportada (materializadora da compra e venda) e o efetivo recebimento do preço pelo vendedor (o que requer a operação de câmbio) nem sempre ocorrem no mesmo momento. Normalmente, o exportador fecha o contrato de câmbio, recebe (em Reais o equivalente em moeda estrangeira definido contratualmente) o preço da mercadoria exportada e em momento posterior efetiva o embarque (*traditio*) da mercadoria.

Logo, entre o recebimento do preço do bem vendido (fixado em moeda estrangeira e convertido para moeda nacional através do contrato de câmbio) e o embarque da mercadoria - data de consumação do vínculo contratual - a expressão nominal da prestação obrigacional (variação monetária do preço) sofre alterações em função de modificações na taxa de câmbio, consubstanciadora da relação de troca entre a moeda nacional e a moeda estrangeira-

ra. Estas alterações na expressão nominal do *quantum* obrigacional são denominadas “variações monetárias”.

As variações monetárias representam, assim, conseqüência inelutável de um vínculo obrigacional cuja prestação é definida pelas partes em termos de dívida de valor, onde a expressão nominal do *quantum debeatur* sofre alterações (para maior ou para menor) até o momento de aperfeiçoamento do vínculo contratual. Surge, assim, a questão de saber qual o critério que o legislador tributário adota para definir o efetivo *quantum debeatur* relativo a negócios jurídicos que contemplam operações de exportação de mercadorias.

Conforme aludido na consulta, é entendimento consagrado no Direito Tributário pátrio de que a receita bruta de vendas ao exterior será determinada pela conversão, para a moeda nacional, de seu valor expresso em moeda estrangeira, utilizando-se a taxa de câmbio fixada no Boletim de abertura pelo Banco Central, para compra, em vigor na data do embarque dos produtos para o exterior.

Por outro lado, as diferenças decorrentes de alteração na taxa de câmbio, ocorridas entre a data do fechamento do contrato de câmbio e a data do embarque serão consideradas como variações monetárias passivas ou ativas. Este entendimento é reconhecido pelo Fisco Federal através da Portaria MF nº 356/88, a qual define o critério de conversão de moeda estrangeira para efeito de registro da receita bruta de vendas nas exportações de produtos faturados nacionais.

Assim sendo, no caso da operação de exportação, o momento de definição (“de corte”) quanto à variação da expressão nominal da dívida vinculada à moeda estrangeira (dívida de valor), para o legislador tributário brasileiro, é a data do embarque, momento em que se opera o adimplemento contratual, através da tradição da mercadoria vendida. Vale dizer, é no momento do embarque que se define qual foi efetivamente o preço recebido pelo exportador (credor), ou, em outras palavras, *é somente no momento do embarque que se conhece efetivamente qual a expressão nominal do dever contratual firmado (prestação)*, consideradas as alterações nominais sofridas por este preço em razão da sua fixação em moeda estrangeira.

Portanto, para a legislação tributária brasileira, as operações de exportações de mercadorias, porque efetivadas em moeda estrangeira, contemplam vínculos contratuais estabelecidos em termos de dívida de valor, cuja expressão nominal definitiva somente se conhece no momento da efetiva tradição do bem exportado (embarque), circunstância em que o laço contratual se conclui.

4. A Variação Monetária constitui mera Alteração da Expressão Nominal de uma Dívida de Valor

A variação cambial constitui uma espécie do gênero “variações monetárias”, conceito que guarda raízes do Decreto-lei nº 1.598/77, cujo art. 18, *caput* estabelecia que “deverão ser incluídas no lucro operacional as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações”.

A variação monetária decorre de vicissitudes atinentes à expressão quantitativa da prestação obrigacional, vale dizer, representa evento umbilicalmente ligado a alterações na representação nominal de prestações pecuniárias (*quantum debeatur*) fixadas em termos de dívida de valor (em especial atreladas à moeda estrangeira).

Com efeito, a variação monetária representa a fórmula criada pelo direito positivo para refletir juridicamente as alterações nominais sofridas pelos direitos de crédito/obrigações quando a expressão nominal de tais direitos/obrigações estiver vinculada por lei ou por contrato a variáveis ligadas à taxa de câmbio ou outros coeficientes de manutenção do valor real da prestação.

Esta a razão pela qual as variações monetárias não existem como entidade jurídica autônoma, mas são sempre, como expressamente as define a legislação, variações monetárias de “direitos de crédito” ou de “obrigações”.

Em outras palavras, as variações monetárias devem obedecer ao regime jurídico atinente ao direito de crédito/obrigação da qual decorrem como mero acessório, na medida em que representam apenas e tão-somente a expressão atual daquele direito/obrigação fixado em termos de dívida de valor. Vale aqui o vetusto adágio *accessorium sequitur principale*.

O direito de crédito, da qual a variação monetária é mera decorrência e acessório, constitui elemento de uma relação obrigacional subjacente cujo núcleo é uma prestação pecuniária definida em termos de dívida de valor. Obrigação, como definiu Orosimbo Nonato, consiste no “laço jurídico entre o credor e o devedor e cujo objeto consiste em uma prestação econômica ou, pelo menos, avaliável em dinheiro, deste àquele” (*Curso de Obrigações*, Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 76).

A variação monetária surge, assim, quando o direito de crédito reveste a natureza de dívida de valor, embora haja quem sustente como Ennecerus, Kipp e Wolf que toda e qualquer dívida pecuniária é sempre dívida de valor, como decorrência do próprio laço obrigacional firmado entre credor e devedor, *verbis*:

“A dívida pecuniária não se dirige à prestação de determinadas moedas sem a prestação de uma quantidade de determinadas espécies monetárias, o objeto da dívida pecuniária é o valor da quantidade devida: as dívidas pecuniárias são dívidas de valor.” (*Tratado de Derecho Civil*, vol. I, 2º tomo, trad. espanhola, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1947, p. 36)

Logo, as variações monetárias consubstanciam alterações sofridas pela expressão nominal de dívidas de valor atreladas à taxa de câmbio ou a outros índices ou coeficientes aplicáveis, por lei ou por determinação contratual.

Embora alterem a expressão nominal das prestações pecuniárias, as variações monetárias juridicamente constituem prestação, isto é, objeto de um vínculo jurídico obrigacional, e assim devem ser tratadas. As vicissitudes econômicas que geram a variação monetária não têm o condão de alterar-lhe a natureza jurídica de prestação obrigacional, razão pela qual é incabível retirar a variação monetária do regime jurídico aplicável à relação obrigacional da qual, repita-se, a mesma é mera decorrência.

Portanto, a natureza jurídica de uma variação cambial deve seguir o regime jurídico pertinente ao direito/obrigação da qual a mesma decorre e da qual é inseparável, na medida em que representa apenas e tão-somente uma alteração na expressão nominal da prestação objeto do aludido vínculo obrigacional.

5. Variação Cambial de Direitos de Crédito de Operações de Exportação constitui Receita de Exportação

Demonstrada a natureza de parte componente do preço, isto é, prestação de um dever obrigacional nascido em uma operação de exportação, por óbvio que a natureza jurídico-tributária da variação monetária há de seguir o regime aplicável àquela prestação, vale dizer, receita auferida pelo exportador brasileiro em virtude de uma operação de exportação de mercadorias.

Não há dois preços e duas receitas: um de um suposto valor principal (antes da aplicação do fator de ajustamento previsto em lei ou em contrato) e outro da variação nominal deste valor (ocorrida após a aplicação daquele fator no curso do tempo).

No caso concreto, a obrigação do importador estrangeiro alusiva à operação de exportação, por expressa autorização legal, alberga uma dívida de valor. Logo, o preço que expressa esta dívida, e que representa receita do exportador, tem desde o seu nascimento a mesma natureza, qual seja, de liquidação de uma operação de exportação. As alterações nominais na expressão da dívida não têm natureza jurídica distinta desta, tendo em vista a cir-

cunstância de que só encontram *ratio* se concebidas como variações monetárias desta mesma dívida. São, como afirmado retro, meras vicissitudes sofridas na expressão nominal da dívida de valor: acessórios de um mesmo principal, sem o qual não existem juridicamente.

A variação monetária, por expressa dicção legal, constitui acessório do direito de crédito e este, do ponto de vista fiscal representa uma receita para o credor (titular do direito). Logo, o regime jurídico tributário aplicável à receita, nascida pela realização daquele direito de crédito, deve ser aplicável também à variação monetária decorrente do mesmo direito de crédito.

Dívida de valor, preço, receita e variação cambial constituem elementos de uma mesma realidade jurídico-obrigacional. São indissociáveis juridicamente. A receita e a variação cambial decorrem do mesmo fato jurídico: um direito de crédito cuja prestação é uma dívida de valor. O negócio jurídico é uno, indivisível, assim como o preço que representa a prestação devida pelo sujeito passivo da relação obrigacional (importador). A variação nominal desta prestação é consequência inexorável do fato de a mesma ter a natureza de uma dívida de valor, sujeita às alterações na taxa de câmbio.

Portanto, a variação cambial decorrente da liquidação de direitos de crédito cujo substrato jurídico-obrigacional seja uma operação de exportação deve seguir o mesmo regime tributário do preço de liquidação desta operação, vale dizer, da receita de exportação auferida pelo exportador que, pelo regime legal atual, é isenta da incidência de PIS e Cofins.

Assumindo que é constitucional a majoração de base de cálculo veiculada pelo art. 2º da Lei nº 9.718/98, as variações monetárias a que alude o art. 9º da Lei nº 9.718/98, por esta Lei definidas como receitas financeiras, aplicam-se apenas e tão-somente aos direitos de crédito nascidos em relações jurídico-obrigacionais que geram receita tributável pelo PIS/Cofins, o que não é caso dos direitos de crédito nascidos nas operações de exportação.

6. Advento da Emenda Constitucional nº 33/01

A Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, estabeleceu que as contribuições sociais a que alude o art. 149 da Constituição Federal de 1988 não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

O Fisco Federal, através de Soluções de Consulta¹, tem entendido que esta imunidade constitucional aplica-se apenas e tão-somente aos tributos que incidem diretamente sobre as receitas decorrentes de exportação (PIS e Cofins) e não sobre outras contribuições que tomam a receita como componente formador da sua base de cálculo, caso da contribuição social sobre o lucro.

Admitida esta interpretação redutora do significado normativo daquela imunidade constitucional, a isenção das receitas de exportação no que tange à incidência de PIS/Cofins prevista pela Medida Provisória nº 2.158-35/01 ganhou dignidade constitucional, transmudando-se em autêntica imunidade - limitação constitucional ao poder de tributar.

¹ "Ementa: A imunidade conferida pelo art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal alcança apenas as contribuições sociais que possuem como base de incidência as receitas decorrentes de exportação, não alcançando a contribuição social incidente sobre o lucro." (Processo de Consulta nº 38/03, Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 8ª Região Fiscal, data da Decisão: 24.02.2003, publicada em 21.03.2003)

"Ementa: Imunidade.

(...)

A imunidade conferida pelo art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal alcança as contribuições sociais que possuem como base de incidência as receitas decorrentes de exportação, atingindo a Cofins.

(...)

A imunidade conferida pelo art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal alcança as contribuições sociais que possuem como base de incidência as receitas decorrentes de exportação, atingindo a Contribuição para o PIS/Pasep." (Processo de Consulta nº 31/03, Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 9ª Região Fiscal, data da Decisão: 25.02.2003, publicada em 10.03.2003)

Resta indagar se esta imunidade constitucional altera a conclusão retro esposada no que tange ao regime jurídico-tributário da variação cambial de direitos de crédito decorrentes de operações de exportação.

Parece-nos que a aludida Emenda Constitucional apenas confirma o afirmado retro quanto à não-incidência de PIS/Cofins sobre a variação cambial dos direitos de crédito decorrentes de operações de exportação, na medida em que afasta, de uma vez por todas, argumentos no sentido de que a isenção, porque veiculada por lei (MP 2.158), teria sido concedida de forma parcial no sentido de alcançar apenas a receita que represente o preço predefinido da exportação e não a variação cambial sofrida pelo mesmo, a qual, nos termos da Lei nº 9.718/98, constitui receita financeira.

Vale dizer, a Emenda Constitucional nº 33 afasta interpretação no sentido de que a norma legal de isenção alcançaria apenas a receita de exportação (receita da venda de bens) e não a receita financeira dela derivada (variação cambial). O Texto constitucional imuniza toda e qualquer receita decorrente de exportação.

A exportação materializa-se através de um negócio jurídico cuja prestação corresponde a uma dívida de valor, que uma vez liquidada representa receita do exportador, a qual, por força da própria natureza jurídica do negócio (da qual é indissociável juridicamente) contempla parcela de variação cambial. A variação cambial, portanto, é parte integrante da prestação obrigacional (preço) devida pelo importador ao exportador nacional, cuja expressão nominal definitiva, para efeitos tributários, somente se tem no momento da conclusão do negócio jurídico com o embarque da mercadoria (tradição), circunstância em que o vínculo contratual subjacente se aperfeiçoa.

Ademais, a indissociabilidade entre receita de exportação e variação cambial dos direitos de crédito decorrentes de operações de exportação restou confirmada pelo princípio da máxima efetividade das dicções constitucionais, segundo o qual se deve retirar das palavras constitucionais todo conteúdo normativo possível, de modo a impedir que o legislador ordinário negligencie os desideratos da Carta através de distinções falaciosas revestidas de tecnicidades, porém desprovidas de supedâneo constitucional.

Com efeito, o princípio da máxima efetividade consubstancia diretriz orientadora de todo o processo de hermenêutica constitucional, segundo J. J. Gomes Canotilho,

“pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”
(*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Livraria Almedina, p. 1.187)

Não bastasse o citado princípio hermenêutico, o vocábulo “decorrentes” alusivo às receitas de exportação já seria suficiente para conferir amplitude à imunidade constitucional, de modo a afastar por inválida qualquer legislação infraconstitucional que frustrasse ou apequene a sua eficácia normativa, através de distinções fundadas em critérios contábeis, sem apoio na Constituição.

Portanto, admitindo-se apenas para argumentar, que antes da EC nº 33/01 o legislador ordinário poderia cindir o conceito de receita de exportação, de modo a retirar do alcance da regra isentiva a variação cambial dos direitos de crédito a ela (receita) indissociavelmente ligada pelo vínculo jurídico-obrigacional, tal distinção não mais subsistirá após a aludida emenda constitucional, face ao caráter abrangente da imunidade constitucionalmente conferida e da máxima efetividade das normas constitucionais.

7. PIS e Cofins não Cumulativos

Atualmente, as empresas submetidas à apuração do lucro pelo regime do lucro real, como é o caso de V. Sas., devem recolher o PIS e a Cofins segundo o regime não cumulativo instituído pelas Leis nºs 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (Cofins).

O art. 1º, § 1º da Lei nº 10.637/02, reitera a majoração de base de cálculo antes efetuada pela Lei nº 9.718/98 (ampliando o conceito de faturamento para toda e qualquer receita da pessoa jurídica), já sem a pecha de inconstitucionalidade que se aponta a esta última lei, tendo em vista a circunstância de que, quando da edição da Lei nº 10.637/02, a Constituição Federal já autorizava no art. 195, I (por força da EC nº 20/98) que a União instituisse contribuições de seguridade social sobre o faturamento ou a receita (desnecessário discutir neste passo se o fundamento constitucional para o PIS está no aludido art. 195 ou no art. 239 da Carta).

O art. 5º, I da Lei nº 10.637/02, expressamente reconhece a não-incidência de PIS sobre as receitas decorrentes de exportação, confirmando, sob a égide da sistemática do PIS não-cumulativo, a desoneração daquelas receitas no que tange a este tributo.

No que concerne à Cofins, a recém-editada Lei nº 10.833/03 também confirmou a majoração do conceito de faturamento, a exemplo do que já havia ocorrido com a Lei nº 10.637/02 relativamente ao PIS. A não-incidência de Cofins sobre as receitas decorrentes de exportação também foi renovada pelo art. 6º, I da Lei nº 10.833/03.

Curioso observar que a Lei nº 10.833/03 teve apenas um artigo vetado pelo Presidente da República, qual seja, o seu art. 46 que objetivava considerar como receita ou despesa financeira a variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial, determinando a sua consideração na apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro relativos ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. Este veto torna inegável a conclusão quanto à não-tributação da variação cambial daqueles investimentos e confirma a afirmação de que a simples definição legal da variação cambial como receita financeira (art. 9º, da Lei nº 9.718/98) não implica por si só a sua tributação, desprezando-se as peculiaridades do regime jurídico que rege a avaliação de cada direito/obrigação do qual a variação cambial é mera decorrência.

Portanto, a isenção das receitas de exportação e da variação cambial que lhe é acessória encontra-se garantida no atual regime de não-cumulatividade do PIS/Cofins.

Feita esta indispensável digressão, passamos diretamente às respostas das questões formuladas.

8. Respostas às Questões Formuladas

A) Conforme afirmado retro, entendemos ser isenta (e após a EC 33/01, imune) de PIS/Cofins a variação cambial dos direitos de crédito decorrentes de operações de exportação, seja no regime da Lei nº 9.718/98, seja no atual regime de não-cumulatividade do PIS/Cofins, instituídos respectivamente pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

Vale dizer, a não-tributação pelo PIS/Cofins da variação cambial das receitas de exportação não depende da pronúncia de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 - questão jurídica ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal - na medida em que decorre da própria regra legal que isenta as receitas de exportação daquelas contribuições.

No entanto, caso se admita a tributação daquela variação cambial pelo PIS/Cofins, considerando-a não como receita de exportação (como efetivamente é a sua natureza jurídica), mas como receita financeira, a mesma ainda assim poderá ser considerada indevida no tempo em que a questão esteve regulada pela Lei nº 9.718/98, caso haja a pronúncia de inconstitucionalidade desta Lei pelo Supremo Tribunal Federal na conclusão do julgamento já iniciado do RE nº 346.084/PR. Os efeitos desta eventual pronúncia de inconstitucionalidade poderão ser buscados por esta empresa através de ação na qual sustente tal vício de validade.

Na hipótese consultada, o simples registro contábil da variação cambial no "contas a receber" tem efeito meramente contábil, não alterando a natureza jurídica da mesma como "receita de exportação", livre da incidência do PIS/Cofins por força da legislação aplicável.

A variação cambial do “contas a receber” nada mais é do que o reflexo contábil da alteração nominal sofrida por uma dívida de valor cujo substrato jurídico é uma operação de exportação livre da incidência tributária.

A conclusão do negócio jurídico no caso consultado somente ocorrerá com a liquidação da dívida (de valor) pelo exportador estrangeiro, momento em que se conhecerá (em moeda nacional) qual o efetivo preço fixado contratualmente, tendo em vista a circunstância de que a expressão nominal deste variará na proporção da alteração da relação de troca entre a moeda nacional e a moeda estrangeira (padrão de valor adotado para a estipulação da obrigação devida pelo importador, vale dizer, do preço por este devido).

A variação cambial aludida, a rigor, mais do que simplesmente “decorre”, contempla uma autêntica receita de exportação, livre, portanto, da incidência de PIS/Cofins, nos termos da legislação e da Emenda Constitucional nº 33/01.

B) A questão alude a uma modalidade específica de contrato de câmbio, qual seja aquele realizado através de “Pagamento antecipado de exportação”, circunstância em que a liquidação antecipada do contrato de câmbio (antes do embarque, portanto) gera para a empresa um passivo (com o importador estrangeiro). Como houve desvalorização da moeda estrangeira adiantada pelo importador ocorreu uma variação monetária passiva que é contabilizada pela empresa a crédito em conta de resultado. Diante disso, questiona-se quanto à adequada tributação pelo PIS/Cofins desta variação monetária passiva.

Em primeiro lugar, necessário lembrar o exposto retro quanto à necessidade imperiosa de sempre se perquirir a natureza jurídica subjacente dos direitos e obrigações que geram registros contábeis sob a rubrica de variação cambial.

É sabido que a contabilidade deve refletir as alterações ocorridas no patrimônio da pessoa jurídica, razão pela qual, no caso consultado, o adiantamento efetuado pelo importador estrangeiro é registrado contabilmente como passivo da companhia.

Todavia, este é um registro contábil de um passivo que está vinculado a um contrato estabelecido em termos de dívida de valor. O passivo, embora registrado em moeda nacional, tem a sua expressão nominal variável na medida em que o dever obrigacional ao qual está ligado (entrega de certa quantidade de bens móveis pelo exportador nacional) está avaliado contratualmente em moeda estrangeira.

Em outras palavras, tal como ocorre com o “contas a receber” de uma operação de exportação, também o “passivo” vinculado a esta operação (decorrente do recebimento antecipado do respectivo preço) tem a natureza de uma dívida de valor (neste caso, para o exportador). Em outro dizer, a real expressão nominal daquele passivo somente se conhecerá no momento de conclusão do vínculo obrigacional (tradição exteriorizada pelo embarque da mercadoria).

O registro contábil do “passivo” no momento do recebimento do adiantamento por conta de uma operação de exportação que se concluirá com o embarque da mercadoria constitui mera providência contábil que visa atender ao princípio do conservadorismo, segundo o qual, na lição de Nilton Latorraca, “todos os passivos, ou perdas, devem ser contabilizados, mesmo que o valor da obrigação ou da perda ainda não seja líquido, isto é, mesmo que o valor ainda não seja determinado” (*Direito Tributário - Imposto de Renda das Empresas*, Atlas, 1990, p. 138).

A natureza jurídica deste “passivo” deve ser buscada no vínculo contratual do qual decorre, segundo o qual o exportador brasileiro (que registrou o passivo) deve ao credor (importador) também uma dívida de valor, representada pelo embarque de uma certa quantidade de mercadorias que seja correspondente ao valor em moeda estrangeira que lhe foi entregue a título de pagamento antecipado do preço.

Como ocorre com todas as dívidas de valor, também neste caso duas variáveis permanecem constantes, imutáveis, quais sejam, a quantidade de mercadoria cuja venda foi con-

tratada, a contraprestação respectiva (preço em moeda estrangeira), variando apenas o valor que será efetivamente recebido pelo exportador brasileiro na medida em que, por força do curso forçado da moeda nacional, este deverá receber em Reais. Tal variação decorre da alteração da relação de troca entre a moeda estrangeira e a moeda nacional.

As alterações nominais na expressão deste passivo, portanto, objetivam apenas refletir o valor da obrigação assumido pelo exportador brasileiro e está vinculado a um negócio jurídico de exportação que se concluirá com o embarque, momento em que i) aquele “passivo” é baixado, tendo em vista o cumprimento da obrigação de entregar a coisa pelo exportador, e ii) é definido qual o montante da receita de exportação efetivamente auferida pelo exportador na operação realizada e paga antecipadamente pelo importador.

Eventuais reduções deste “passivo” (geradas por alterações na relação de troca entre a moeda estrangeira adiantada pelo importador e a moeda nacional) ocorridas entre o momento do adiantamento (em reais do preço pago em moeda estrangeira) e a tradição do bem exportado, denominadas pela legislação como variações cambiais passivas, não trazem qualquer efeito tributário no âmbito do PIS/Cofins, na medida em que, conforme se disse, aquele passivo objetiva apenas refletir *provisoriamente* uma dívida de valor cuja real expressão somente se conhecerá no momento da consumação do vínculo contratual, fato que ocorre com o embarque da mercadoria vendida.

A redução de um “passivo” gerado pelo adiantamento de contrato de câmbio vinculado a uma operação de exportação, em razão da eventual desvalorização da moeda nacional entre a data do contrato de câmbio e a data do embarque, constitui apenas e tão-somente o reflexo contábil de uma obrigação contratual que, por estar definida em termos de dívida de valor, apenas se conhece o seu efetivo montante no momento da consumação do vínculo obrigacional, no caso, o embarque da mercadoria, data em que aquele “passivo” deixa de existir, não se configurando juridicamente como fato gerador das contribuições ao PIS/Cofins.

De fato, uma variação monetária passiva que meramente reduz a expressão nominal de uma obrigação de valor não pode constituir “receita” tributável pelo PIS/Cofins.

É sabido que o PIS/Cofins são tributos que, a partir da Lei nº 9.718/98 (admitindo a validade desta) e contemporaneamente a partir das Leis nºs 10.137/02 e 10.833/03, somente incidem sobre receita, o que exige verificar se aquilo que foi traduzido pela contabilidade representa, do ponto de vista tributário, receita tributária.

Tributável pelo PIS/Cofins é e sempre foi apenas, por expressa dicção legal (Leis 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03), a “receita auferida” pelo contribuinte, em nome até do princípio da capacidade contributiva que impede a tributação de fatos econômicos que revelem fictícias manifestações de riqueza. Vale dizer, aquelas contribuições não incidem meramente sobre “receita”, mas sobre receita auferida, o que pressupõe o ingresso de algo que efetivamente a represente.

“Auferir” receita significa fundamentalmente receber receita, o que não é sinônimo de ser dispensado de prestar algo.

O PIS e Cofins são tributos que incidem sobre receita e não sobre acréscimo patrimonial refletido contabilmente, “a fortiori” com caráter precário. No caso exposto na consulta, a redução do passivo (embora apenas vise refletir economicamente a expressão nominal de uma dívida de valor) é irrelevante para efeito dos tributos que incidem sobre receita.

Há fatos econômicos que afetam positivamente o patrimônio aumentando a sua expressão, mas nem por isso são considerados receita para fins dos tributos que incidem sobre tal materialidade. É o caso, por exemplo, dos indébitos tributários restituídos pelo Fisco ao contribuinte, os quais representam ingressos que se agregam positivamente ao patrimônio, mas que são intributáveis pelo PIS/Cofins por não consubstanciarem “receita auferida”.

Com efeito, recentemente, através do Ato Declaratório Interpretativo nº 25, de 24 de dezembro de 2003, a Secretaria da Receita Federal reconheceu que a restituição de indébito não representa o auferimento de receita. Segundo o art. 2º daquela norma “não há incidência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição sobre o PIS/Pasep sobre os valores recuperados a título de tributo pago indevidamente”.

Receita, portanto, é fruto direto de uma atividade com conteúdo econômico ou de negócios jurídicos com prestações avaliadas economicamente, fruto este que deve representar um ingresso positivo, efetivo, definitivo e real ao patrimônio. Vale dizer, auferir receita significa aumentar de forma permanente o patrimônio através do produto de atividades/negócios avaliados economicamente. Esta é a razão pela qual a Receita Federal no citado Ato Declaratório Interpretativo, embora reconheça a não-incidência de PIS/Cofins sobre o principal do indébito restituído, expressamente reconhece que os juros incidentes sobre tal indébito são “receita nova” e, portanto, devem sofrer a incidência dos tributos sobre receita.

Por óbvio, a exegese do Fisco ao concluir que os juros constituem receita e o principal do indébito não revela tal natureza jurídica, considerou o fato de que os juros restituídos que aumentaram o patrimônio representam o produto da atividade remuneratória do capital do contribuinte mantido ilegalmente em poder do Fisco (pela tributação indevida), diferentemente do principal do indébito restituído que, embora aumente o patrimônio, não representa receita.

É necessário separar os planos da contabilidade (e as determinações do Direito Societário) do subsistema normativo do Direito Tributário, de modo a não transformar em fato gerador dos tributos sobre receita um simples lançamento contábil a crédito de conta de resultado, simplesmente porque este operou uma mutação patrimonial positiva, pois, conforme demonstrado no exemplo do indébito tributário restituído, esta mutação pode decorrer de fato que não represente receita sob o ponto de vista fiscal.

Portanto, aumentar patrimônio por redução de passivo não equivale a auferir receita, fato gerador dos tributos sobre receita. Da mesma forma, o registro contábil de uma mutação patrimonial positiva (no caso, variação monetária passiva levada a crédito na conta de resultado) não significa auferir receita, para fins de PIS/Cofins.

É fato que o Direito Tributário utiliza conceitos e fatos econômicos avaliados sob os critérios determinados pelo Direito Societário e pela contabilidade, mas não raro confere àqueles conformação própria para os fins de incidência da regra tributária, desde que dentro das balizas fixadas pelos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. É o que ocorre quando o Direito Tributário cria imposições sobre receita, por exemplo, fato econômico que não se confunde com uma simples mutação patrimonial positiva decorrente de um lançamento contábil a crédito da conta de resultado da pessoa jurídica.

O fato de a legislação do PIS/Cofins expressamente determinar a desconsideração da denominação ou da classificação contábil dos eventos patrimoniais para efeito de definição do fato gerador daquelas contribuições (art. 1º, *caput* das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03), apenas confirma a exegese de que o núcleo do fato gerador está em “auferir receita”, independentemente dos registros contábeis que o cercam.

Para fins de tributação, *receita é conceito jurídico e não contábil*, e a própria legislação dos tributos confirma tal assertiva ao determinar a desconsideração das classificações ou dos registros contábeis alusivos aos eventos patrimoniais que cercam o conceito de receita.

O crédito da variação monetária passiva a resultado, portanto, não representa receita tributável pelo PIS/Cofins pela simples razão de que não constitui juridicamente “receita auferida” pelo exportador, a qual decorre de uma obrigação fixada em termos de dívida de valor, cuja natureza jurídica já pressupõe variações na sua expressão nominal (para maior ou menor), bem como um momento de cessação destas variações, que, no caso brasileiro, é o momento do embarque, data de consumação do vínculo obrigacional, na hipótese de pagamento antecipado da obrigação pelo importador estrangeiro.

Por último, para efeito de tributação pelo PIS/Cofins e de definição do montante da receita de exportação efetivamente auferida, a circunstância de o adiantamento ter sido feito diretamente pelo importador ou por instituição financeira por ele autorizado nenhum reflexo traz, na medida em que a operação tem natureza própria predefinida pela Consolidação das Normas Cambiais - CNC e, de fato, representa apenas uma modalidade de pagamento antecipado de uma operação de exportação.

C) Na hipótese descrita neste item, segundo informações prestadas na consulta, são realizados dois negócios jurídicos distintos: um contrato de mútuo que consubstancia um financiamento vinculado a uma operação de exportação (ACC) e um contrato de compra e venda de mercadorias (exportação) cujo preço servirá para a liquidação do mútuo antes realizado (ACC).

De fato, ainda conforme os esclarecimentos que nos foram prestados pela empresa, no momento que se obtém o financiamento (ACC) é feito um lançamento contábil a débito de "caixa" e a crédito de passivo "financiamento à exportação".

No segundo momento, na data do embarque (data da consumação do negócio jurídico de compra e venda), a empresa registra contabilmente um débito em "contas a receber exportação" contra crédito em conta de resultado a título de "receita de exportação".

Num terceiro momento, após o importador estrangeiro pagar pela exportação diretamente à instituição financeira que concedeu o financiamento vinculado à exportação (ACC), a empresa registra um crédito em "contas a receber" contra débito no passivo relativo ao "financiamento à exportação".

Ocorre que tal ambivalência de negócios jurídicos, refletida contabilmente conforme acima descrito, determina duas conseqüências distintas para a empresa no âmbito do PIS/Cofins.

A primeira é a não-tributação da receita decorrente da exportação das mercadorias, gerada após a efetivação da exportação (consumada no embarque), pelas razões já expostas anteriormente.

A segunda é a possibilidade de a empresa, no regime do PIS/Cofins não-cumulativos, apurar créditos das referidas contribuições em virtude do pagamento de despesas financeiras (juros e variação cambial) decorrentes do mútuo tomado e vinculado à exportação (ACC).

Esta possibilidade decorre do fato de a empresa ao realizar o ACC obter os recursos financeiros destinados a esta operação junto a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil. De fato, a possibilidade de o contribuinte calcular créditos de PIS/Cofins relativos às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos decorre expressamente das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 (art. 3º, inciso V combinado com o disposto no inciso II, do § 3º de ambas as Leis).

A circunstância de existirem dois negócios jurídicos distintos, embora ligados à operação de exportação, não permite que seja desconsiderada a autonomia jurídica de cada qual, sobretudo para os efeitos fiscais deles decorrentes. Pelo contrário, o adequado tratamento fiscal dos reflexos patrimoniais daqueles negócios somente será possível com a compreensão da sua individualidade técnico-jurídica.

Compra e venda e mútuo têm em comum um fim: uma operação de exportação. No entanto, constituem negócios jurídicos autônomos e típicos para todos os fins de direito, inclusive no que tange ao Direito Tributário.

Assim, as receitas auferidas pela empresa nas operações de exportação, embora vinculadas a contratos de mútuo (ACC), não são tributáveis pelo PIS/Cofins, tendo em vista a imunidade constitucional, confirmada pela não-incidência legal, de que gozam, conforme demonstrado retro. Por outro lado, as despesas financeiras (juros e variação cambial) decorrentes de financiamentos (ACC) obtidos junto a instituições financeiras domiciliadas no Brasil geram direito ao cálculo do respectivo crédito na apuração da base de cálculo das referidas contribuições, segundo a sistemática não-cumulativa das mesmas, também por expressa autorização legal.