



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10660.004649/2002-50
Recurso nº 227.006 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-01.076 – 3ª Turma
Sessão de 25 de agosto de 2010
Matéria PIS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FAGOR FUNDIÇÃO BRASILEIRA S.A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1999

ARTIGO 3º, §1º, DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE FEITA EM ABSTRATO. OBSERVÂNCIA DA DECISÃO PELA CSRF.

Não importa em declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária a observância, por este tribunal administrativo, da decisão do STF, em que, não obstante proferida em julgamento de recurso extraordinário, se perpetrou análise abstrata da constitucionalidade da norma.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

Caio Marcos Cândido - Presidente Substituto

Susy Gomes Hoffmann - Relatora

EDITADO EM: 11/02/2011

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, José Luiz Novo Rossari, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilson Macedo

Rosenburg Filho, Leonardo Siade Manzan, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martinez López, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com base na contrariedade à legislação tributária da decisão não-unânime da antiga Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

A fiscalização constatou, consoante se depreende dos documentos presente às fls. 07, que *“o contribuinte apura o valor de base de cálculo do PIS e lança outros valores nas DCTFs, reduzindo os valores a pagar do PIS. Além deste procedimento, a empresa deixou de incluir outras receitas e realizou exclusões indevidas nas bases de cálculos do PIS, nos períodos de apuração de fevereiro/99, março/99, julho/99, agosto/99 e de outubro/99”*.

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 78/80 dos autos.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento julgou parcialmente procedente o lançamento (fls. 239/243), entendendo pela exclusão do lançamento de ofício dos valores incluídos no Refis em data anterior ao início da ação fiscal.

Em recurso voluntário (fls. 247/256), o contribuinte reiterou seus argumentos declinados na impugnação, ressaltando suas alegações relativas à contabilização dos valores da variação cambial ativa. Questionou a constitucionalidade do art. 3º da lei nº 9.718/98, sendo indevida a tributação da respectiva receita. Finalmente impugnou o valor da multa cobrada, e suscitou tese de ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa Selic.

A antiga Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, às fls. 287/295, deu parcial provimento ao recurso do contribuinte, para excluir da base de cálculo da contribuição para o PIS as variações cambiais ativas. Fundamentou-se no julgamento proferido pelo STF no sentido da inconstitucionalidade art. 3º, §1º, da lei nº 9.718/98, de modo a se restringir o conceito de faturamento à receita bruta advinda da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Julgou-se pela manutenção da multa de ofício bem como dos juros de mora baseado na taxa Selic.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, diante disso, interpôs o presente recurso especial, sob alegada contrariedade da decisão do Conselho de Contribuintes em relação à lei nº 9.718/98. Argumentou, num primeiro momento, que o conceito de faturamento constitui sinônimo de receita bruta e que esta, conforme disciplinada pela lei nº 9.718/98, somente passou a vigorar após a EC nº 20/98, pelo que em consonância com a Constituição Federal. Ressaltou que *“o dimensionamento do conceito de faturamento é que é objeto de deliberação do legislador ordinário, que pode- dentre as diversas expressões econômicas que essa realidade pode ter- escolher aquelas que se revelam adequadas, pertinentes e factíveis para o cálculo do tributo ou contribuição sobre ele incidentes”*.

Finalmente, aduziu que o julgamento do STF, em que se baseou a decisão atacada, somente produziu efeito *inter partes*, de modo que, sem a resolução do Senado Federal, não poderia servir de fundamento para o afastamento da aplicação do dispositivo em questão.



O contribuinte, em contra-razões (fls. 322/342), pugnou, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso especial, diante da ausência de enquadramento na hipótese de cabimento legal suscitada. Com efeito, discorreu no sentido de que, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade por parte do STF, posto que em âmbito de controle difuso, a norma restou afastada do ordenamento jurídico, pelo que não haveria que se falar em contradição entre a decisão atacada e o referido dispositivo.

No que tange ao mérito recursal, o contribuinte reforçou os argumentos em vista da não aplicação do artigo 3º, §1º, da lei 9.718/98, baseando-se na decisão proferida pelo STF e expondo o fato de tal lei ser anterior à EC nº 20/98, de modo que esta não poderia constitucionalizar aquela.

É o relatório.

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

O presente recurso especial é tempestivo.

O recorrente defende que a decisão recorrida contrariou, em linhas gerais, a Lei nº 9.718/98, podendo-se depreender que a afronta seria especificamente ao respectivo artigo 3º, §1º, sustentando que a sua aplicação não poderia ter sido afastada pelo Conselho de Contribuintes, tendo em vista que a decisão do STF que lhe serviu de base fora proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, de modo que seus efeitos somente poderiam abranger as parte do respectivo processo.

A celeuma está em se saber se a decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário, portanto em controle concreto de constitucionalidade, poderia vincular este tribunal administrativo que, segundo entendimento pacífico, já consolidado em súmula, não tem competência para pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante desse panorama, deve-se, em primeiro lugar, distinguir duas circunstâncias: o juízo de inconstitucionalidade de lei tributária por parte deste tribunal, e a aplicação de decisão do STF, em que se considerou inconstitucional determinado dispositivo da lei tributária.

No primeiro caso, é o tribunal administrativo que faz o cotejo entre a norma questionada e a Constituição Federal. No segundo, o juízo de compatibilidade é realizado pela Suprema Corte, no papel que, precipuamente, lhe incumbe desempenhar, segundo a própria Constituição. Aqui, o Conselho de Contribuintes, como fez na hipótese dos autos, apenas reconhece e declara aquilo que já fora decidido pelo STF, não fazendo, por si, qualquer juízo de constitucionalidade.

A questão é: essa aplicação da decisão do STF, no âmbito do CARF, pode ocorrer se aquela decisão fora prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade, em que, à primeira vista, seus efeitos apenas espraiam-se para as partes do respectivo processo?



Para responder a uma tal indagação, é necessário que se tenha por presente o atual estágio da posição do STF no cenário jurídico brasileiro, e o seu papel de corte eminentemente constitucional.

Tem-se verificado um fenômeno cada vez maior no direito brasileiro, consistente no fortalecimento dos precedentes judiciais, sobretudo quando emanados das cortes superiores, e em particular da Excelsa Corte. Este fenômeno, impulsionado por uma visão de unidade do direito, tomando-se este não apenas sob o seu aspecto de direito positivo, mas abrangendo também a jurisprudência como uma sua fonte criadora, vem se refletindo, clamorosamente, na legislação e na postura dos tribunais no enfrentamento dos casos com que se deparam.

Expressões do que se relata são as criações de diversos novos institutos jurídicos, que demonstram o lugar de extrema relevância que os precedentes judiciais vêm ocupando no ordenamento, como a súmula vinculante, o instituto da repercussão geral, a sistemática dos recursos repetitivos no âmbito do STJ, dentre outros. Na doutrina, afirmam-se teorias novas, como a da “Transcendência dos Motivos Determinantes”, e a abordagem de objetivização do controle difuso de constitucionalidade.

Fredie Didier discorre sobre o assunto no seguinte sentido:

“Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato. Normalmente, relaciona-se o controle difuso ao controle concreto da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito a posteriori, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, a priori. Normalmente, o controle abstrato é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o controle concreto, de forma difusa. O controle difuso é sempre incidenter tantum, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial, assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia inter partes. O controle concentrado, no Brasil, é feito principaliter tantum, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia erga omnes.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas inter partes. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo,

semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de amicus curiae neste incidente (§§ do art. 482). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par. Ún., CPC)”¹.

Desta forma, o que se verifica é que, não obstante feito no âmbito de um processo subjetivo, isto é, em sede julgamento de recurso extraordinário, o juízo de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente na hipótese da apreciação do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, deu-se de forma abstrata, em tese, não sendo determinante as circunstâncias fáticas do caso concreto veiculador do recurso extraordinário.

Neste sentido, vem crescendo, de forma bastante forte, corrente encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, que defende que, diante do atual estágio do Direito brasileiro, assoma, como premente, mutação constitucional no que diz respeito ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, relativamente à prescrita suspensão, por parte do Senado Federal, da “*execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

A mutação constitucional verifica-se quando se tem uma modificação do sentido do texto constitucional, sem alteração dos seus termos expressos, em face da evolução histórica da sociedade e da interpretação constitucional efetivada pela Excelsa Corte. Ela permite, consoante a doutrina, o não engessamento da Constituição, a sua maleabilidade, por assim dizer, evolutiva, no compasso da realidade social, que se reflete nos tribunais.

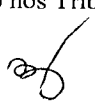
Assim, o que defende o Min. Gilmar Mendes é que, no lugar de se condicionar a expulsão do ordenamento da norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, em decisão definitiva, à resolução do Senado, passe-se a considerar inconstitucional a norma tão-somente pela decisão do STF, funcionando, a Resolução do Senado Federal apenas para conferir maior publicidade ao decidido pela Corte.

Feita tal exposição, o que se quer mostrar é que tudo converge para a necessária observância da decisão do Supremo.

Com efeito, sendo pacífico o entendimento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, não há como se dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

Ressalte-se que a própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional tem procurado observar as decisões emanadas das cortes superiores, especificamente o STJ e, sobretudo, o STF, quando diante de uma jurisprudência já consolidada nesses tribunais. É o que se verifica no Parecer PGFN 492, de março de 2010, que trata da postura da PGFN em relação às decisões desfavoráveis à Fazenda Nacional, proferidas em conformidade com precedentes judiciais do STF e do STJ.

¹ JR. DIDIER, Fredie; e DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Vol.3. Salvador:Editora Jus Podivm. 5º edição. 2008. p 324.



Tem-se que, em se tratando de caso de decisão proferida em consonância com decisão do STF ou do STJ, mesmo que não prolatada sob o rito dos recursos repetitivos, a recomendação que se faz aos procuradores é, textualmente, que “a PGFN não mais interponha **RESP/RE** contra **acórdãos** proferidos (pelos TRFs ou pelo STJ) em consonância com jurisprudência reiterada e pacífica do STF/STJ.”

Deve-se destacar que não se trata de declaração, por este órgão, de inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas sim de observância da decisão da mais alta corte do país.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, em da razão da inconstitucionalidade da lei que reputa violada.


Susy Gomes Hoffmann