



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

Processo n° 13854.000325/2002-63
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 9303-003.420 – 3ª Turma
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria Embargos
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FRUTAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/10/2001

EMBARGOS - OMISSÃO

Impõe-se acolher os embargos de declaração quando há vícios de omissão acerca da matéria trazida no Recurso Especial interposto pelo contribuinte, apreciando o Colegiado matéria alheia à lide. Supre-se tal omissão com a apreciação das questões trazidas em Recurso Especial.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. RECEITAS DE VARIAÇÃO CAMBIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ante a redação do art. 195 da Carta Magna anterior à Emenda Constitucional 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-se à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

Nesse sentido, em sede de repercussão geral, o Pleno do STF, de forma reiterada, com reconhecimento de repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art.3º da Lei 9.718/98, que tratava da ampliação do conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas.

Nos termos do art. 4º, parágrafo único, do Decreto 2.346/97, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, de julgamento administrativo, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Consoante à esse dispositivo, o art. 26-A do Decreto 70.235/2015 esclareceu a obrigatoriedade de os julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais considerarem a decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, se reconhecida a repercussão geral do RE, cabe observar os termos do art. 62 da Portaria MF 343/2015 - atual RICARF, que diz que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

O que, no caso vertente, impõe-se afastar a tributação das receitas de variação cambial registradas como receitas financeiras em respeito ao art. 62 da Portaria MF 343/2015 - RICARF atual - em face do alargamento da base de cálculo promovido pela inconstitucionalidade declarada pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

Embargos de Declaração acolhidos

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento aos embargos de declaração, para sanar a omissão apontada, nos termos do voto da Relatora.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

Tatiana Midori Migiyama – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama (Relatora), Júlio César Alves Ramos, Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Valcir Gassen, Rodrigo da Costa Pôssas, Vanessa Marini Ceconello, Maria Teresa Martínez López e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de embargos opostos pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 9303-002.768 de fls. 379 a 382, por meio do qual, por unanimidade de votos, se deu provimento parcial ao recurso especial do contribuinte, conforme se verifica da sua ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/10/2001

PIS. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir crédito tributário é de cinco anos, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, no caso de haver antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.”

Para melhor compreensão dos pontos destacados pela embargante, considero a manifestação dada em Despacho de fls. 388 a 390 pelo ilustre Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que concluiu que o Colegiado Superior omitiu-se em decidir a respeito da matéria que lhe foi submetida, abordando matéria alheia à lide, a qual, peço vênha, para transcrevê-la (Grifos meus):

“Em sessão de julgamento realizada em 28 de abril de 2010, a 3ª Turma da CSRF julgou o recurso especial interposto por FRUTAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., exarando o Acórdão nº 9303-002.768, fls. 379 a 3821, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/10/2001

PIS. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir crédito tributário é de cinco anos, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, no caso de haver antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.

A Fazenda Nacional volta aos autos, desta feita para interpor embargos de declaração, fls. 384 a 386, acusando a decisão de conter os vícios de omissão acerca da matéria versada no recurso especial impetrado pela contribuinte. Explica que houve equívoco por parte do Colegiado Superior sobre o objeto da lide, decidindo matéria estranha à lide.

Conclui requerendo o saneamento dos vícios apontados.

Nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – RICARF, repetidos pelo art. 65 do novel Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 – RICARF, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma, e I Todas as referências às folhas do processo dizem respeito à numeração atribuída digitalmente poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do acórdão.

Os autos digitais foram encaminhados à PGFN para ciência da decisão embargada, em 10/07/2015 (fl. 383). Assim sendo, considerando-se o prazo estabelecido no § 3º do art. 7º da Portaria MF nº 527, de 9 de novembro de 2010, o recurso, apresentado em 13/07/2015 (fl. 387), é francamente tempestivo.

A propósito dos vícios apontados, recorro à doutrina de Moacyr Amaral dos Santos (1998, p. 146 a 148) para lembrar que se dá omissão quando o julgado não se pronuncia sobre ponto, ou questão, suscitado pelas partes, ou que os julgadores deveriam pronunciar-se de ofício. Humberto Theodoro Junior³ (2004, p. 560), a seu turno, leciona que os Embargos de Declaração têm como pressuposto de admissibilidade a existência de obscuridade, contradição ou omissão na sentença produzida. E que, em qualquer caso, a substância da sentença será mantida, uma vez que tais embargos não visam a reforma do acórdão ou da sentença. Admite-se a hipótese de alguma alteração no conteúdo do julgado, sem, entretanto, ocasionar um novo julgamento da causa, haja vista não ser esta a função desse remédio recursal.

Documento assinado digitalmente com *A jurisprudência não destoa:*

Autenticado digitalmente em 05/02/2016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 05/02/2

016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 12/02/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR

ETO

Impresso em 29/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A omissão e a contradição que autorizam a oposição de embargos de declaração têm conotação precisa: a primeira ocorre quando, devendo se pronunciar sobre determinado ponto, o julgador deixa de fazê-lo, e a segunda, quando o acórdão manifesta incoerência interna, prejudicando-lhe a racionalidade. Não constitui omissão o modo como, do ponto de vista da parte, o acórdão deveria ter decidido, nem contradição o que, no julgado, lhe contraria os interesses.” [Edcl em REsp 56.201-BA, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 09.09.96, p. 32-346]

A existência dos vícios de obscuridade, contradição ou omissão, pressupostos dos aclaratórios, deve ser cabalmente demonstrada pela parte quando avia esse remédio recursal, oportunizando ao próprio órgão julgador suprir deficiência no julgamento da causa, sob pena de ofensa ao dever da entrega da prestação jurisdicional a que todo o Juiz está obrigado diante da indeclinável função de dizer o direito.

Detectado vício de intelecção no julgado deve a parte lançar mão do remédio apropriado, obtendo do órgão jurisdicional esclarecimento, "(...) tornando claro aquilo que nele é obscuro, certo aquilo que nele se ressent de dúvida, desfaça a contradição nele existente, supra ponto omissis (...)" (SANTOS, p. 151).

Manoel Antonio Teixeira Filho⁴ leciona que:

“(...) enquanto a finalidade dos recursos típicos reside na modificação ("reforma") da sentença, do acórdão ou do despacho (agravo de 2 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1998. v3: 17ª ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos.

3 THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41ª ed. Rio de Janeiro: Ed.Forense. 2004. p. 560 e ss

4 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A Sentença no Processo do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 427-428. Instrumento), ou, até mesmo, em sua invalidação (em decorrência de nulidade não suprível), a dos embargos declaratórios, em princípio, não vai além da sanação de falhas da dicção jurisdicional, que se apresenta obscura, omissa, contraditória ou anfíbológica. Insistamos: nos recursos, o que se visa é impugnar o raciocínio do magistrado, o seu convencimento jurídico, e, em consequência, o

resultado do julgamento; em sede de embargos de declaração, entretantes, nada mais se pede ao juízo proferidor da sentença que esclare o que pretendeu dizer (obscuridade); que defina qual, dentre dois ou mais sentidos que a sua dicção comporta, aquele que reflete, enfim, a sua vontade (obscuridade); que diga por qual das proposições, entre si inconciliáveis, optou (contraditoriedade) ou complemente a entrega da prestação jurisdicional (omissão).”

Com o norte desses ensinamentos, passo a examinar os vícios apontados:

Omissão

Analisando-se o Despacho nº 3400-270, de 23/11/2009, fls. 367 e 368, que admitiu o recurso à CSRF, constato que se devolveu a divergência jurisprudencial a respeito da impossibilidade de a instância administrativa afastar norma legal sob fundamento de sua inconstitucionalidade ainda quando ela já tenha sido pronunciada pelo STF, desde que a ação não tenha efeitos erga omnes e tenha sido proferida em ação de que o contribuinte não seja parte.

O Relatório do acórdão embargado, no entanto, reportou o que segue:

A matéria devolvida a este Colegiado cinge-se ao prazo decadencial para se constituir crédito das contribuições sociais, na hipótese de existência de antecipação de pagamento do tributo devido.

O julgamento deste recurso tem como paradigma o Recurso nº 230.135, julgado na sessão imediatamente anterior a esta, sendo-lhe aplicada mesma tese daquele julgado, nos termos do art. 47 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Em apertada síntese, é o relatório.

Constato que, efetivamente, o Colegiado Superior omitiu-se em decidir a respeito da matéria que lhe foi submetida, abordando matéria alheia à lide.

Conclusão

Com essas considerações, acolho os Embargos de Declaração interpostos pela Fazenda Nacional, para que a omissão seja suprida.

Inclua-se o presente processo em lote de sorteio a um dos conselheiros da 3ª Turma da CSRF.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais”

Para melhor elucidar a apreciação pelo Colegiado de matéria estranha à lide, importante trazer, em síntese, que:

- A lide trata da exigência do PIS sobre as variações cambiais ativas obtidas pela empresa no ano de 1999;
- O sujeito passivo, após não ter obtido provimento de sua impugnação na DRJ, apresentou recurso voluntário, trazendo, entre suas alegações, que: (i) deveria ser afastada a incidência de PIS sobre a receita de variação cambial, considerando a decisão do STF que declarou inconstitucional dispositivo da Lei 9.718/98 – a qual alargou o conceito de faturamento, indicando; (ii) não seria aplicável os juros Selic por contrariedade às disposições do CTN em virtude do seu caráter remuneratório e de não ser fixada por lei, concluindo pela não menos corrente proposta de interpretação do art. 161 do CTN como definidor de limite máximo para os juros; (iii) a multa tem caráter confiscatório, devendo ser reduzida ao patamar de 20% previsto no art. 61 da Lei nº 9.430/96.
- O 2º Conselho de Contribuinte apreciou as matérias, decidindo, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, conforme ementa: *“PIS. INCIDÊNCIA SOBRE VARIAÇÕES CAMBIAIS RECONHECIDAS CONTABILMENTE NO ANO DE 1999 SEGUNDO O REGIME DE COMPETÊNCIA. PROCEDÊNCIA.*

No ano de 1999 integram a base de cálculo do PIS, na condição de receitas financeiras, as variações de direitos de crédito e de obrigações em função da variação no valor da moeda estrangeira em que obtidos ou contraídos, as quais devem ser apuradas contabilmente segundo o regime de competência.

NORMAS PROCESSUAIS. APECIAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCABIMENTO.

Aos órgãos administrativos de julgamento em primeira e em segunda instância é vedado negar aplicação a comando legal regularmente editado e em vigor por considerações de inconstitucionalidade. No que tange aos Conselhos de Contribuintes trata-se, hoje, de norma regimental (art. 22-A, introduzido pela Portaria MF 103/2002).

APLICAÇÃO IMEDIATA DE DECISÃO DO STF EM CONTROLE DIFUSO NÃO ESTENDIDA POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. Até que o Congresso Nacional estenda a todos os contribuintes os efeitos de reiteradas decisões proferidas, incidenter tantum, pelo STF permanecem aplicáveis as disposições ali apontadas por inconstitucionais, em decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, a teor do que dispõe o Decreto n° 2.396/97.

Recurso negado.”

- O sujeito passivo apresentou embargos de declaração, mas não foram acolhidos;
- Então, o sujeito passivo interpôs Recurso Especial, trazendo, entre outros, que o acórdão recorrido não admite a apreciação da inconstitucionalidade da lei pelo Conselho de Contribuintes e o acórdão paradigma decide no sentido inverso, bem como sustenta a possibilidade (obrigatoriedade) de se reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, não sendo, portanto, monopólio do Poder Judiciário. O que, pediu a reforma do acórdão recorrido, reconhecendo (i) sua nulidade; (ii) a inaplicabilidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, quanto à Cofins.

O Recurso Especial do contribuinte foi admitido, conforme Despacho de fls. 367 a 368 apreciado pelo ilustre Conselheiro Gilson – à época – Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, conforme segue (Grifos meus):

“A empresa acima interpõe, tempestivamente, recurso especial contra o acórdão indicado, de fls. 293/298, prolatado em 22 de maio de 2007.

Nele, pelo voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário que lhe deu causa. Para tanto, reiterou a Câmara a impossibilidade de a instância administrativa afastar norma legal sob fundamento de sua inconstitucionalidade ainda quando ela já tenha sido

pronunciada pelo STF, desde que a ação não tenha efeitos erga omnes e tenha sido proferida em ação de que o contribuinte não seja parte.

No recurso ora ofertado, pretende a empresa que isso é possível e cita como acórdão paradigma aquele relativo ao julgamento do recurso número 140.629 (acórdão 101-95.764) da Primeira Câmara do Primeiro Conselho. O acórdão é datado de 21 de setembro de 2006, anteriormente, portanto, A. edição do novo Regimento dos Conselhos e efetivamente aplicou a contribuinte diverso decisão plenária do STF prolatada no julgamento do recurso extraordinário 390840. No corpo do voto condutor reconhece-se a impossibilidade de os Conselheiros adentrarem o exame de constitucionalidade de atos legais, mas afirma-se que a isso não equivale a extensão de decisão plenária do STF, visto ser esta a última e definitiva decisão que sobre a matéria se poderá produzir.

Embora na vigência do Regimento de então (Portaria 55/98 com acréscimo da Portaria 103/2002) não houvesse tal previsão, aquele acórdão paradigma ainda não foi reexaminado pela Colenda Câmara Superior.

Demonstrada, desse modo, a divergência exigida pelo Regimento, e sendo, ainda, tempestivo o recurso, deve ele ser admitido para que a Colenda Câmara Superior realize a nobre função que lhe cabe, pacificando a jurisprudência administrativa conflitante.

Para que se de cumprimento ao disposto no art. 70 do Regimento Interno do CARF, encaminhe-se o presente processo para ciência do Procurador, assegurando lhe o prazo de 15 (quinze) dias para oferecer contra -razões.

Posteriormente, os autos devem ser encaminhados a esta Seção do CARP. Para prosseguimento.

Brasília/DF, 23 de novembro de 2009.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Conheço dos embargos interpostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão CSRF 9303-002.768, pois tempestivos e considerando que, conforme relatado e depreendendo-se da análise dos autos, constatou-se, de fato, a omissão alegada, vez que o Colegiado Superior omitiu-se em decidir a respeito da matéria que lhe foi submetida - qual seja, *“impossibilidade de a instância administrativa afastar norma legal sob fundamento de sua inconstitucionalidade ainda quando ela já tenha sido pronunciada pelo STF, desde que a ação não tenha efeitos erga omnes e tenha sido proferida em ação de que o contribuinte não seja parte”*, apreciando matéria alheia à lide – conforme transcrição do acórdão embargado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/10/2001

PIS. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir crédito tributário é de cinco anos, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, no caso de haver antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.”

Impõe-se, dessa forma, acolher os embargos de declaração por conter vícios de omissão acerca da matéria trazida no Recurso Especial interposto pelo contribuinte. O que passo a apreciar a matéria trazida naquele recurso interposto pelo contribuinte, já que tempestivo e admissível – considerando a divergência refletida no acórdão paradigma. O que concordo com o exame de admissibilidade realizado pelo Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF em exercício à época, por atender os pressupostos regimentais de admissibilidade.

Eis que o acórdão paradigma de nº 101-95764 traz em sua ementa (Grifos meus):

*“COFINS E PIS - RECEITA FINANCEIRAS – INAPLICABILIDADE DA LEI 9.718/98 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RE 380840 – MG Conforme decisão transitada em julgado no RE 390840-MG, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718. **A extensão dos efeitos dessa decisão definitiva beneficia a ambas as partes, estancando custos desnecessários. Por consequência, não compõem a base da contribuição em apreços as receitas financeiras.***

Recurso provido”

Vê-se que o acórdão paradigma, da Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, com voto da lavra do Conselheiro Mario Junqueira Junior assenta, em patente divergência, que: "[...] esta Câmara vem acolhendo os pedidos referentes inaplicabilidade da Lei 9.718/98 para as receitas financeiras, tendo em vista discussão do plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, no RE 390840-MG [...]".

Complementa ainda em seu voto (Grifos meus):

"[...]"

A este Conselho de Contribuintes não é facultado declarar a inconstitucionalidade de lei regularmente editada, sendo este poder tarefa do Judiciário, e, em grau máximo, ao Supremo Tribunal Federal.

No entanto, não se constitui declaração de inconstitucionalidade a extensão de efeitos de decisão do Plenário do excelso Tribunal, por corresponder à última decisão que a matéria pode obter em qualquer instância".

Ora, considerando que o acórdão recorrido não admite a extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inaplicabilidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº. 9.718/98 para o PIS, sob alegação de que tal extensão configuraria apreciação de inconstitucionalidade e o acórdão paradigma, por sua vez, claramente, decide no sentido inverso, sustentando a possibilidade de se estender os efeitos da decisão do STF a fim de acolher a inaplicabilidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº. 9.718/98 para o PIS, em virtude do julgamento em plenário do RE n. 390.840/MG, com trânsito em julgado, resta claro a divergência alegada.

Não obstante à divergência constatada, importante lembrar que o acórdão recorrido decorre da sessão de julgamento de 21.9.2006 e o acórdão paradigma é de 22.5.2007 – portanto, ambos foram julgados sob a vigência da Portaria MF 55/98 com alterações da Portaria MF 103/02 – que, por sua vez, trazia o seguinte dispositivo (Grifos meus):

“Artigo 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor. (Artigo acrescido pela Portaria MF nº 103/2002)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Artigo acrescido pela Portaria MF nº 103/2002)

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato; [...]

Importante também considerar que:

1. A Portaria MF 256/09 – RICARF/09, publicada no DOU de 23.6.09 contemplou, entre outros (Grifos meus):

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

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

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou [...].”

2. A Portaria MF 343/2015 – RICARF atualmente vigente também contempla em seu art. 62 (Grifos meus):

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...].”

E o Decreto 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, diz:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]”

Em vista do exposto, vê-se que o art. 26-A do Decreto 70.235/2015, enfim, esclareceu a obrigatoriedade de os julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais considerarem a decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal.

Independentemente disso, entendo que tal preceito já estava suportado no art. 22-A, inciso I, da Portaria MF 55/98 que dispunha sobre o Regimento Interno do antigo Conselho de Contribuintes – já que interpreto sua aplicação de forma extensiva, e não restritiva. O que, ressurgindo àquela época, concordaria com o entendimento emanado no acórdão paradigma.

Frise-se meu entendimento pela observância ainda do art. 4º, parágrafo único, do Decreto 2.346/97, o qual estabelece que os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, de julgamento administrativo, devem afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Continuando, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais instalado pela Lei 11.196/09 que, por sua vez, trouxe também regras a serem observadas nesse Conselho específico – tem-se que os julgadores desse Conselho devem respeitar as normas atinentes à esse órgão. Ou seja, devem respeitar as mudanças promovidas no Decreto 70.235/72 – especificamente o art. 26-A do Decreto acima reproduzido, trazidas pela Lei 11.196/09.

O que, para essa Conselheira, independentemente de me direcionar à interpretação extensiva ao art. 22-A da Portaria MF 55/98, por evidência disposição do art. 4º, parágrafo único, do Decreto 2.346/97, resta claro, com o art. 26-A do Decreto 70.235/72 – norma a ser observada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que se deve respeitar a decisão do STF que declarar inconstitucional dispositivo de lei quando decorrente de decisão definitiva plenária daquele Tribunal.

Não obstante à esse entendimento, proveitoso lembrar que o STF quando do julgamento em plenário do RE n. 390.840/MG havia reiterado a seguinte decisão em 2008:

*“O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de **reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.**”*

Nesse sentido, em sede de repercussão geral, o Pleno do STF, de forma reiterada, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que tratava da ampliação do conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas.

E, tendo sido reconhecida repercussão geral da questão constitucional – é de se também respeitar o constante do art. 62, § 2º, da Portaria MF 343/2015 – Regimento atual desse Conselho (antigo caput do art. 62-A do RICARF/09) – *verbis*:

“Art. 62.....

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973

- Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.”

Eis que fica o julgador desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais condicionado a observar tais decisões.

Ademais, cabe esposar também que o contribuinte do acórdão paradigma (Reydragas Comercial Ltda) também discutiu a mesma matéria em outro processo de nº 10120.003828/2003-68, tendo recepcionado acórdão de Recurso Voluntário favorável, mas, em face desse acórdão, foi apresentado Recurso Especial da Fazenda Nacional. O que, por conseguinte, a CSRF, então, apreciou esse recurso, emitindo acórdão nº 9101.001209 com a seguinte ementa (Grifos meus):

“ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Anos-calendário: 1998 a 2003

NORMAS PROCESSUAIS DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – EFEITOS

Conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, eis que a noção de faturamento para efeito de exigência das contribuições PIS/PASEP e COFINS não se confunde com a totalidade das receitas auferidas.

Dessa forma, para as empresas comerciais e de prestação de serviços, o faturamento se restringe ao somatório das receitas provenientes da venda de bens ou da prestação de serviços, que corresponde ao resultado das atividades empresariais típicas de tais entidades, não alcançando receitas de natureza financeira. À luz do disposto no inciso I do art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, deve ser afastada a exigência de COFINS incidentes sobre receitas financeiras.”

Em vista de todo o exposto, retornando ao caso vertente, vez que a lide trata da receita de variação cambial – que devem, nos termos do art. 9º da Lei 9.718/98 – ser **considerada Receita Financeira, in verbis** (Grifos meus):

“Art 9º 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.”

Impõe-se, assim, afastar a tributação das receitas de variação cambial registradas como receita financeira em respeito ao art. 62 da Portaria MF 343/2015 (RICARF atual) – em face do alargamento da base de cálculo promovido pela inconstitucionalidade declarada pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

Observo, apenas para conhecimento, pois nada altera esse entendimento no caso ora presente, que a Lei 12.973/2014 impulsionou mudança na base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins sob a sistemática cumulativa e não cumulativa.

Por fim, então, concluo o meu voto no sentido de acolher os embargos apresentados pela Fazenda Nacional interposto em face do Acórdão nº 9303-002.768, sanando, por economia processual – art. 59 do Decreto 70.235/72, o vício de omissão com a apreciação da lide cingida nos autos do processo e destacada no Recurso Especial apresentado pelo contribuinte, e, por conseguinte, dar provimento ao Recurso Especial.

É o meu voto.

Tatiana Midori Migiyama - Relatora