



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10480.901246/2006-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-002.307 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de agosto de 2016
Matéria COMPENSAÇÃO
Recorrente CIA. HIDRO ELÉTRICA RIO SÃO FRANCISCO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/12/2001

COMPENSAÇÃO. INGRESSOS ADVINDOS DO MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA- MAE.

Pelo mecanismo estabelecido pelo MAE o que as geradoras de energia mensalmente faturavam a título de energia elétrica era o que resultava do mecanismo de compensação entre o "contratado" e o "realizado", independentemente das previsões contratuais iniciais.

COFINS e PIS/PASEP. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98

No RE 585235/ MG a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n.9.718/98 foi julgada sob a sistemática de repercussão geral, sendo, portanto, de aplicação obrigatória por este Colegiado, nos termos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, para anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira– Presidente

(assinado digitalmente)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2/2004 de 14/08/2001.

Autenticado digitalmente em 30/09/2016 por ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO, Assinado digitalmente em 04/10/2016 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 06/10/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo- Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), José Luiz Feistauer de Oliveira, Paulo Roberto Duarte Moreira, Mercia Helena Trajano Damorim, Cassio Schappo, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Tatiana Josefovicz Belisario.

Relatório

Versa o presente litígio sobre compensação de direito creditório de contribuição ao PIS/PASEP, de 2001.

Para bem relatar os fatos, transcreve-se o relatório da Delegacia de Julgamento:

Cuida o presente processo de Pedido de Restituição/Compensação, PER/DCOMP n° 24345.28864.150803.1.3.04-0608 (fls. 01/05) de 15/08/2003, Retificada pela PER/DCOMP n° 37511.12089.089081106 1 7.04-0935 de 08/11/2006 (fls. 30/34) e PERDCOMP n° 30741.18674.081106.1.7.04-7424 de 08/11/2006, visando Compensação de débito da contribuição PIS/Pasep, do período de apuração abril, maio e julho de 2003, utilizando crédito do mesmo tributo, relativo ao mês de dezembro de 2001.

2. O Despacho Decisório (fl. 72) de Delegado da Receita Federal do Brasil em Recife/PE, com fulcro no Termo de Intimação Fiscal (fls. 07/15), decidiu NÃO HOMOLOGAR a Compensação do débito das DCOMP admitidas sob o n° 24345.28864.150803.1.3.04-0608 e 30718674.081106.1.7.04-7424 e DETERMINAR a cobrança dos débitos cuja compensação não foi homologada.

3. Cientificada de tal decisão, em 29/07/2008, conforme "AR" (fl. 86), a contribuinte, por intermédio de seu representante legal, apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 94/105), de 20/08/2008. em que contesta o decisum sob os seguintes argumentos:

3.1. que nas justificativas apresentadas pela autoridade fazendária, a compensação não deveria ser homologada porque a Chesf teria se utilizado da sistemática introduzida pelo art. 32 da Medida Provisória r.º 66/2002, posteriormente 'convertida na Lei n° 10.637/2002. na determinação da base de cálculo da Cofins, do mês de dezembro de 2001, o que teria acarretado significativa redução do valor do débito em favor da contribuinte. Como tais dispositivos legais teriam vigência apenas a partir de 2002, a apuração da base de cálculo da contribuição em tela

deveria obedecer ao disposto no art. 30, § 1º da Lei nº 9.718/98, que vigoraria quando da ocorrência do fato gerador:

3.2 apresenta breve resumo das alterações legais pelas quais passou a base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, vez que a controvérsia analisada na intimação encaminhada pela Receita Federal do Brasil se prende à definição da base de cálculo dessas duas exações;

3.3 assevera que o STF, em decisões dos Recursos Extraordinários nº 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e 346.084-6/PR. consolidou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições apreciadas, promovida pelo art. 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98;

3.4 afirma ser inegável a inconstitucionalidade quando da alteração da base de cálculo das duas contribuições, posto que a receita se constitui em algo mais amplo que o faturamento, no entanto, a inconformidade levantada se prende ao que se pode compreender como Receita nas operações de compra e venda de energia no âmbito do antigo MAE, hoje CCEE- Câmara de Comercialização de Energia Elétrica;

3.5. que só se sujeitam ao recolhimento do PIS e da Cofins, numerários que representam aquisição efetiva de ganho econômico-financeiro e não ganho jurídico, pois a tributação de algo que não seja receita significa extrapolação da base de cálculo definida pela legislação. Não havendo ingresso de valores de maneira positiva ao patrimônio da empresa, não há qualquer razão a justificar a interpretação fiscal peia sua inclusão na ha-. de cálculo das citadas contribuições;

3.6 que, em razão da sistemática de operação do MAE. o processo de liquidação de energia comercializada pelos geradores hidráulicos no MAS era feito através de um esquema baseado na produção hidráulica e não apenas e não apenas nas gerações individuais efetivamente realizadas (o chamado mecanismo de alocação de energia - MRE). só podem ser consideradas receitas para fins de base de cálculo do PIS e Cofins, aqueles valores que ingressem definitivamente no caixa da empresa após contabilização de todas as operações realizadas no âmbito do MAE;

3.7. de acordo com o Decreto nº 2.655 de 02.07.98, que regulamenta o MAE, os participantes do MRE - Mecanismo de Realocação de Energia são todas as usinas hidráulicas despachadas centralmente e as térmicas que tenham direito legal à compensação da CCC (Conta de Consumo de Combustível);

3.8. que a receita de urna usina participante do MRE pode ser decomposta em três parcelas: (i) receitas de contrato; (ii) pagamentos/recebimentos associados à liquidação das diferenças entre o contrato e o crédito de energia; e (iii) os pagamentos/recebimentos no MRE pela energia realocada;

3.9. *que, somente após se conhecer o resultado de todas as operações realizadas no âmbito do MAE e apuração do que efetivamente ingressou no caixa da Chesf, a título de receita é que pode ser definida a base de cálculo das contribuições PIS e Cofins;*

3.10. *deste modo, verificada a posteriori pela Chesf que a apuração das contribuições à época do pagamento, tinha se dado de maneira equivocada, a contribuinte reviu sua contabilização e procedeu à nova apuração da receita bruta de acordo com as regras vigentes do MAE e encontrou um valor a maior na base de cálculo das contribuições PIS e Cofins;*

3.11. *ao proceder à retificação utilizando-se da base de cálculo correta, encontrou o valor que efetivamente deveria ter sido pago pela Chesf restando-lhe o direito à diferença resultante. Dessa forma, procedeu com as compensações ora analisadas, com a finalidade de ver retificado um erro cometido anteriormente, de maneira a evitar maiores prejuízos à contribuinte;*

3.12. *com base nos argumentos aduzidos, pede que seja homologada a compensação do débito constante na presente PER/DCOMP com base no art. 156. II do CTN.*

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente a manifestação de inconformidade, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/12/2001 A 31/12/2001

Ementa:

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

A compensação, nos termos em que está definida em lei (art. 170 do CTN). como em qualquer outra compensação dessa natureza, só poderá ser homologada se os créditos do contribuinte em relação à Fazenda Pública, vencidos ou vincendos estejam revestidos dos atributos de liquidez e certeza.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

As sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes envolvidas no processo

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da constitucionalidade das leis. vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

Solicitação Indeferida

Conforme se depreende da decisão recorrida, a Recorrente fez a opção pelo regime especial de apuração de PIS e Cofins no MAE- Mercado Atacadista de Energia Elétrica apenas em 27/09/2002 (fls.12), que começou a vigor a partir de outubro de 2002.

Assim, o mês de dezembro de 2001 seria regido pela Lei 9.718/1998, que determina, de forma expressa, no art.3º, §2º, as exclusões da base de cálculo das contribuições sociais, dentre as quais, não estaria abrangida a matéria relativa a energia elétrica.

Conclui a decisão, portanto, que aplica-se o art.170 do CTN, pois inexistente liquidez e certeza no direito creditório alegado.

Sobre a inconstitucionalidade do art.3º da Lei 9718/1998 manifesta-se no sentido de que a DRJ não detém competência para sua apreciação, aplicando-se ao caso as disposições do Decreto n. 73.259/1974 e do art. 142 do CTN.

No recurso voluntário, a Recorrente alega que, em síntese, que a ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP foi apreciada pelo STF que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, nos quais houve a declaração de sua inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como decorrente da venda de mercadorias e serviços.

Nesse contexto, a chave para a solução da controvérsia é o que estaria compreendido no faturamento da Recorrente nas operações de compra e venda de energia no âmbito do antigo Mercado Atacadista de Energia - MAE (hoje CCEE).

O que se sujeitaria às contribuições, compondo a base de cálculo, seriam numerários que representassem aquisição efetiva de ganho econômico-financeiro e não apenas ganho jurídico.

Nesse passo, passa-se a transcrever o mecanismo de funcionamento do MAE:

De fato, a apuração da receita oriunda da compra e venda de energia elétrica no âmbito do MAE se obtém através da soma algébrica dos valores positivos e negativos, e é o resultado dessa soma algébrica, que ingressa definitivamente no caixa da empresa a título de receita obtida nas operações de compra e venda de energia, que pode ser considerado como base de cálculo para as contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS, independentemente de sua denominação contábil, a receita só alcança valores que ingressam de maneira positiva no patrimônio de uma empresa.

Ora, não havendo o ingresso de valores de maneira positiva ao patrimônio da empresa, não há qualquer razão a justificar a interpretação fiscal pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

[...]

Dessa forma, o que ocorre é que em razão da sistemática de operação do MAE, na qual um pool de vendedores oferecia

energia a um pool de compradores, ou seja, o processo de liquidação da energia comercializada pelos geradores hidráulicos no MAE era feito através de um esquema baseado na produção hidráulica total e não apenas nas gerações individuais efetivamente realizadas (o chamado mecanismo de realocação de energia - MRE), só podem ser consideradas receitas para fins de base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS aqueles valores que ingressem definitivamente no caixa da empresa após a contabilização de todas as operações realizadas no âmbito do MAE.

De acordo com o Decreto n.º 2.655 de 2 de julho de 1998, que regulamenta o MAE em obediência ao disposto na Lei n.º 9.648 de 27 de maio de 1998 (em especial seus arts. 20 a 2e), anteriores, portanto, a Lei n.º 9.718/1998, os participantes do MRE são todas as usinas hidráulicas despachadas centralmente e as termicas que tenham direito legal a compensação da CCC (Conta de Consumo de Combustível).

O princípio utilizado nas regras tem por escopo garantir que cada usina participante do MAE tenha direito a comercializar no MAE uma parcela da geração total dos participantes do MAE independentemente de sua geração real.

Esta parcela, denominada crédito de energia, é calculada de forma proporcional a energia assegurada da usina. Em outras palavras, o MAE realoca a energia, transferindo o excedente daqueles que geraram proporcionalmente além de sua energia assegurada (conceitualmente a energia assegurada de uma usina hidrelétrica a igual a sua contribuição para a energia que pode ser suprida pelo sistema hidrotermico com uma confiança de 95%) para aqueles que geraram abaixo dela. Assim, os geradores participantes do MAE tem direito a uma receita proporcional a sua contribuição para a capacidade assegurada de suprimento do sistema, independentemente da sua geração efetiva.

Expressando este conceito matematicamente, o crédito de energia para uma usina hidrelétrica i, CE_i, pode ser calculado para cada período de contabilização no MAE através da seguinte expressão:

$$CE_i = E_{Ai} / E_{ATMRE} \times E_{GTMRE}$$

onde:

E_{Ai} - energia assegurada da usina i

E_{ATMRE} - energia assegurada total do MRE

E_{GTMRE} - energia gerada total do MRE

Saliente-se que a fórmula acima é uma simplificação, não considerando os procedimentos de realocação de energia entre

subsistemas elétricos, vez que todos os sistemas de todas as usinas do País, e não apenas os da Chesf, se acham interligados.

A receita de uma usina participante do MAE pode ser decomposta em três parcelas: receitas de contrato, pagamento/recebimentos associados à liquidação das diferenças entre o contrato e o crédito de energia, e os pagamentos/recebimentos no MAE pela energia realocada. A Receita Bruta de uma usina é dada então pela seguinte expressão:

$$R_{Bi} = R_{Ci} + R_{MAEi} + R_{MREi}$$

onde:

$R_{Ci} = E_{Ci} \times P_{Ci}$ - receita de contrato

$R_{MAEi} = (E_{Ei} - E_{Ci}) \times P_s$ - liquidação no MAE

$R_{MREi} = (E_{Gi} - E_{Ei}) \times C_{MRE}$ - liquidação no MRE

E_{Ci} - energia contratada

P_{Ci} - preço de venda contratado

P_s - preço spot

E_{Gi} - energia gerada

C_{MRE} - custo imediato de geração hidrelétrica (definido pela ANEEL e

que cobre basicamente os custos de operação e manutenção das usinas hidrelétricas).

Observe que as parcelas R_{MAEi} e R_{MREi} podem ser positivas ou negativas em função do despacho do sistema. Ou seja, somente após se conhecer o resultado de todas as operações realizadas no âmbito do MAE e apuração do que efetivamente ingressou no caixa da Chesf a título de receita é que pode ser definida a base de cálculo das contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS. Relembre-se que essa forma de apuração de receita se acha prevista na legislação de regência do MAE, anterior a Medida Provisória n.º 66/2002, que veio apenas para explicitar um mecanismo que já se achava estabelecido.

Assim, a Recorrente teria verificado que a apuração das contribuições tinha se dado de maneira equivocada, revendo sua contabilização e procedendo a nova apuração, de acordo com as regras vigentes do MAE, encontrando um valor a maior na base de cálculo das contribuições sociais do PIS e da COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a decisão recorrida entendeu haver insuficiência de crédito para se efetivar as compensações declaradas, de maneira o direito creditório seria ilíquido e incerto.

Contudo, a questão que se põe, como bem apontado pela Recorrente é a forma de se contabilizar as receitas decorrentes do MAE, a sistemática do mercado atacadista de energia elétrica, para efeitos tributários.

Incursões na página da *internet* da ANAEEEL trazem informações que corroboram as afirmações da Recorrente, como o *Documento Básico para o Estabelecimento das Regras do MAE*, ou *A Estrutura do Mercado de Energia Elétrica*.

Destarte, do primeiro documento extrai-se que:

Os algoritmos de apuração dos custos marginais de energia de curto prazo, com base nos quais serão estabelecidos os preços do MAE, estarão incorporados ao processo de otimização centralizado e determinativo da operação do sistema conduzido pelo ONS. Esse processo usará uma série de modelos de otimização e simulação em base plurianual, anual, mensal, semanal e diária, aprovados pelo MAE.

[...]

O MRE é um mecanismo financeiro de compartilhamento dos riscos hidrológicos que afetam seus participantes, decorrentes particularmente dos efeitos da otimização centralizada do sistema sobre os níveis de geração de cada usina. A aplicação desse mecanismo não produzirá efeitos econômicos ou contratuais sobre os membros do MAE não participantes do MRE;

Participarão do MRE todas as usinas hidrelétricas despachadas centralizadamente e as quotas-parte da energia gerada pela Itaipu Binacional e destinada ao sistema brasileiro. As usinas termelétricas, que forem consideradas nos contratos iniciais e que, adicionalmente, tenham seus custos de combustíveis cobertos pela Conta de Consumo de Combustíveis - CCC, participarão do MRE, observado o percentual de redução previsto para os anos de 2003 a 2005, conforme o inciso II do Art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998;

A cada usina participante do MRE corresponderá um volume de energia assegurada, nos termos do Art. 21 do Decreto nº 2.655,

de 2 de julho de 1998. Se a produção total do MRE for inferior ao total de energia assegurada, a energia efetivamente gerada será realocada entre os participantes proporcionalmente às energias asseguradas destes. Os riscos de indisponibilidade das usinas, de natureza não hidrológica, serão assumidos individualmente pelas usinas participantes, não sendo, portanto, cobertos pelo MRE;

Quando a produção total das usinas participantes do MRE for superior ao correspondente total de energia assegurada, a diferença será definida como energia secundária do MRE. Essa energia será alocada a cada usina proporcionalmente à sua geração efetiva ou à sua energia assegurada ou à diferença entre esses dois valores. A solução adotada nas Regras do MAE deverá ser fundamentada por uma análise detalhada das vantagens e desvantagens dessas alternativas.

Caso o processo de realocação da energia secundária considere, de alguma forma, a geração efetivamente produzida, será necessária uma reconciliação periódica dos valores de energia apurados, de forma a compatibiliza-los à energia média gerada ao longo do período (e.g. semana, quinzena ou mês);

As realocações de energia entre as usinas participantes do MRE estarão sujeitas a aplicação de um encargo baseado em tarifa de otimização estabelecida pela ANEEL, destinada à cobertura dos custos variáveis de operação e manutenção das usinas e do pagamento da compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos, de royalties e de outros encargos ou tributos que incidam ou venham a incidir diretamente sobre a produção.

A Lei nº 9.648/1998 estabeleceu o regime da livre negociação de energia entre as empresas geradoras e criou o MAE, tornando obrigatória a realização no seu âmbito das operações de compra e venda de energia nos sistemas interligados.

Nesse âmbito institui-se o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, responsável pela coordenação e supervisão da operação; simulações energéticas; avaliações de riscos de déficit e de condições de armazenamento de água.

O MAE, Mercado Atacadista de Energia, é um ambiente de negócios para compra e venda de energia; calcado em acordo de mercado; registro dos contratos bilaterais; compra no mercado *spot* e regras emitida pela ANEEL.

O Decreto n. 2.655/1998 regulamentou a Lei nº 9.648/98, determinando que o MAE fosse instituído mediante Acordo de Mercado a ser firmado entre os interessados, disciplinou o MRE, atuação do ONS, dentre outros aspectos.

O MAE foi concebido para liquidação financeira a complexa relação de suprimento de energia, das empresas geradoras produzem, passando por usinas conectadas a redes de transmissão, até as estações rebaixadoras de tensão das empresas distribuidoras, para a distribuição da energia aos consumidores da região de concessão.

Prescreve o art. 13, parágrafo único, letra “a”, da Lei nº 9.648/98, que o ONS responsabiliza-se pelo “despacho centralizado da geração, com vistas à otimização” do sistema interligado, ou seja, decide quanta energia deve ser colocada no sistema, em busca da otimização da utilização do sistema, e sem se ater aos contratos existentes entre os agentes de geração e os agentes de distribuição.

Contudo, o comprador deve pagar o montante integral de energia previsto em seus contratos, independentemente de ter recebido a energia, ficando as eventuais diferenças entre o “contratado” e o “realizado” para serem acertadas através de um mecanismo criado especificamente para essa finalidade, que é o antes referido mercado de curto prazo, ou “spot”.

Em suma, referidas diferenças são acertadas por um sistema de créditos e débitos, ou seja, se uma empresa geradora coloca no sistema energia em montante superior ao montante previsto em seus contratos, origina-se um crédito, ao passo que, quando o montante for inferior, há um débito, seguindo uma lógica das diferenças, de receber ou pagar, em função de como se desdobram factualmente as operações de transmissão e fornecimento de energia.

Isso porque os contratos de suprimento apenas estimam determinada quantidade de energia referente à geradora para a distribuidora, prevendo-se o periódico acerto de contas promovido no mercado de curto prazo do MAE.

Adicionalmente, observe-se que no mês em que ocorreu o pagamento indevido, dezembro de 2001, ainda não estava em vigor, o regime especial de apuração das contribuições no âmbito do MAE, disciplinado pela Instrução Normativa SRF n.247, de 21 de novembro de 2002, que assim dispõe:

Art. 21. Na apuração da base de cálculo, as pessoas jurídicas integrantes do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), instituído pela Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, optantes pelo regime especial de tributação de que trata o art. 32 da Medida Provisória nº 66, de 2002, devem considerar como receita bruta, nas operações de compra e venda de energia elétrica realizadas na forma da regulamentação prevista no art. 14 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, os resultados positivos apurados mensalmente no âmbito do MAE.

§ 1º Os resultados positivos de que trata o caput correspondem aos valores a receber, mensalmente, decorrentes:

I - no caso da pessoa jurídica geradora:

- a) de geração líquida de energia elétrica;*
- b) de ajuste mensal de excedente financeiro; e*

II - de excedentes de energia adquirida por meio de contratos bilaterais, no caso da pessoa jurídica comercializadora.

§ 2º Para efeito do disposto na alínea "a" do inciso I do § 1º, geração líquida de energia elétrica corresponde à quantidade de energia alocada, segundo os controles do MAE, à pessoa jurídica geradora, que não tenha sido objeto de venda sob contratos bilaterais.

Todavia, entende-se que, da forma como o mecanismo do MAE foi concebido, conclui-se que o que a Recorrente mensalmente faturava a título de energia elétrica,

é o que resultava do mecanismo de compensação do MAE, porém não as previsões contratuais iniciais.

A análise das receitas advindas do MAE não foi realizada, e, portanto, o pedido de compensação denegado, sob o argumento de que o reconhecimento da inconstitucionalidade do conceito amplo de receita bruta estabelecido no §1º do art. 3º, Lei nº 9.718, de 1998 extrapolaria a competência do colegiado administrativo.

Não obstante, a base de cálculo alargada da COFINS e do PIS/PASEP, prescrita pela Lei nº 9.718/98, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pelo RE 585235/MG, DJe 27-11-2008, julgado sob a sistemática de repercussão geral, sendo, portanto, de aplicação obrigatória por este Colegiado, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Confira-se a ementa do referido julgado:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS

Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Decisão: 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.

Assim, considerando-se inconstitucionalidade do §1º do art. 3º, Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, entendendo-se que o "faturamento", nesse contexto, deve ser considerado como atrelado à venda de mercadorias e serviços, apenas os valores que ingressaram no patrimônio da Recorrente, após os ajustes entre o contratado e o efetivo fornecido, podem ser incluídos na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Por outro lado, a Recorrente não juntou aos autos do presente processo documentos suficientes para a demonstração dos seus efetivos ingressos, embora tenha apresentado planilha demonstrativa das diferenças de ajustes no MAE, indiciária de suas alegações.

Em face de todo o exposto, entendo que deva ser anulada a decisão recorrida, para que retorne o processo a instância *a quo*, para que seja apreciada a compensação à luz da inconstitucionalidade §1º do art. 3º, Lei nº 9.718, de 1998, isto é, para que sejam considerados para a apreciação do pagamento a maior ou indevido, apenas os ingressos relativos ao faturamento da Recorrente.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente o recurso voluntário, para que seja anulada a decisão recorrida e afastando-se a questão prejudicial, retorne o processo para a autoridade preparadora, para apreciação do mérito do direito ao crédito e, após, seja proferida nova decisão.

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo