



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

DI8-c

S3-C2T1

Fl. 609

610
g

Processo nº 10510.002936/2005-91
Recurso nº 510.174 Voluntário
Acórdão nº 3201-00.585 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de outubro de 2010
Matéria COFINS
Recorrente COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE-DESO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2005

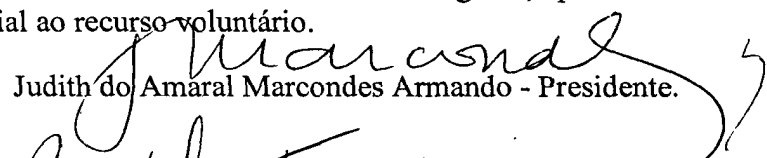
Com a publicação da Lei nº 11.941/09, a qual, em seu artigo 79, inciso XII, revogou o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que determinava a incidência do PIS e da COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas, e não apenas sobre os valores relativos ao seu faturamento, decorrente da venda de bens e serviços.

O dispositivo legal revogado é justamente aquele cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, a qual deve ser acatada, forte no art. 26-A da Lei nº 11.941/09.

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário.


Judith do Amaral Marcondes Armando - Presidente.


Mercia Helena Trajano D'Amorim - Relator.

Editado Em: 28 de janeiro de 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Judith do Amaral Marcondes Armando, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Luiz Eduardo Garrossino Barbieri e Daniel Mariz Gudino.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

Trata-se de Manifestação de Inconformidade (fls. 141/155) da interessada contra o Despacho Decisório nº 1.100, de 31 de outubro de 2006 (fls. 129/135), proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Aracaju (DRF/AJU), que indeferiu o Pedido de Restituição de créditos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, referentes aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a dezembro de 2005, no valor de R\$ 1.400.972,63 (fls. 01/07), valor este posteriormente retificado para R\$ 1.601.003,39 (fls. 11/16). Ao direito creditório pleiteado foram vinculadas diversas declarações de compensação (fls. 99/122).

O Pedido de Restituição da interessada se baseia na premissa de inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, com base em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Recurso Extraordinário nº 346084, de 09 de novembro de 2005. Assim, a interessada pleiteia a diferença do que teria sido recolhido com base lei inconstitucional e o que teria sido devido utilizando-se a base de cálculo prevista na LC nº 70, de 1991.

Na fundamentação do despacho decisório, a autoridade fiscal da DRF/AJU expôs os motivos que levaram ao indeferimento do pleito da interessada, conforme relacionados a seguir, de forma sintética:

Declarações de inconstitucionalidade no controle difuso não geram efeitos erga omnes; A interessada não é parte da citada ação judicial perante o STF;

Além do mais, a suposta inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, só atingiria a interessada até janeiro de 2004 (e não até dezembro de 2005), pois a partir de fevereiro de 2004 a Cofins passou a ser apurada sob a égide da MP nº 135, de 2003, e da Lei nº 10.833, de 2003;

Por fim, a contribuinte não demonstrou a efetiva tributação das demais receitas, conforme previsto pela Lei nº 9.718, de 1998, haja vista manifesta discrepância entre os valores informados quando do pleito de restituição e os valores informados em DIPJ; Ou seja, a contribuinte está solicitando a restituição de valores não pagos.

611
9

Cientificada do despacho decisório em 10.11.2006, a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade em 06.12.2006, sendo esses os pontos de sua irresignação, em síntese:

A Lei nº 9.718, de 1998, alterou drasticamente o conceito de faturamento, ampliando a base de cálculo da Cofins sem previsão constitucional para tanto (tal previsão só surgiu com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que é posterior à citada lei);

Por ocasião dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 357950, 390840, 358273 e 346084, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998; O efeito desta declaração é ex tunc, ou seja, é como se tal dispositivo legal nunca tivesse existido;

Mesmo que operada inter partes, a declaração de inconstitucionalidade é suficiente para embasar o presente pedido de restituição;

Embora haja uma exigência formal em relação à necessidade de edição de uma Resolução do Senado Federal para declarar a inaplicabilidade e assim atribuir efeitos erga omnes à decisão do STF, já existe posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao prazo que o contribuinte possui para pleitear a restituição dos valores recolhidos e posteriormente declarados inconstitucionais pela via de controle difuso;

Quanto ao direito à restituição não alcançar os recolhimentos efetivados após fevereiro de 2004, pois o efeito da inconstitucionalidade não alcançaria este período, haja vista a promulgação da Lei nº 10.833, de 2003, não é verdade, uma vez que tal norma é incompatível com a premissa de hierarquia das leis, pois trata-se de uma lei ordinária, que não poderia ter alterado dispositivos de lei complementar (LC nº 70, de 1991);

A autoridade administrativa da DRF/AJU afirma que na maioria dos trimestres em análise a receita de prestação de serviços é superior à base de cálculo da Cofins declarada; Mas as divergências apontadas devem-se ao fato de que os programas da Receita Federal não disponibilizam campos para o desmembramento dos valores contabilizados como "outras receitas", todavia tais informações constam nos balancetes mensais;

Os valores a serem restituídos devem ser atualizados monetariamente, caso contrário incorreria a Administração em locupletamento ilícito;

Requer, enquanto houver a discussão administrativa, que não haja quaisquer atos de cobrança por qualquer dos órgãos da Administração Pública.

Junto com a Manifestação de Inconformidade, a interessada apresentou uma Impugnação (fls. 156/171) relativa à Carta de Cobrança enviada pela DRF/AJU juntamente com o Despacho Decisório. A interessada argumenta, na Impugnação, que o suposto crédito tributário está com a exigibilidade suspensa enquanto houver a discussão administrativa."

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/SDR nº 15-19.235, de 13/05/2009, proferida pelos membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, cuja ementa dispõe, *verbis*:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2005

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso não gera efeitos erga omnes.

DECISÕES JUDICIAIS DE TERCEIROS. EFEITOS.

O julgamento administrativo não está vinculado a decisões judiciais trazidas aos autos de forma exemplificativa, quando a interessada não é parte da ação. Apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. PROVAS.

A manifestação de inconformidade apresentada deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

REST/RESS. INDEFERIDO-COMP NÃO HOMOLOGADA”

O julgamento foi no sentido de indeferir a solicitação, tendo em vista decisão do STF não possuir efeitos *erga omnes* e que a inconstitucionalidade atingiria até o advento da Lei de nº 10.833/2003.

O Contribuinte protocolizou o Recurso Voluntário, tempestivamente, no qual, basicamente, reproduz as razões de defesa constantes em sua peça impugnatória.

Reforça o pedido de reforma do julgado *a quo*; para que seja reconhecida a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º da Lei de nº 9.718/98.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o Relatório.

Processo nº 10510.002936/2005-91
Acórdão nº 3201-00.585

S3-C2T1
Fl. 611
612
g

Voto

Conselheiro Mércia Helena Trajano D'Amorim

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de solicitação de restituição/direito creditório com diversas declarações de compensação.

A solicitação se baseia com base na inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Recurso Extraordinário nº 346084, de 09 de novembro de 2005.

A Súmula nº 2 (DOU de 26/09/2007) do Segundo Conselho de Contribuintes dispõe:

"SÚMULA nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."

Entretanto, não está se discutindo aqui a inconstitucionalidade daquela norma, já que o STF já a reconheceu em decisão plenária definitiva.

O julgamento do RE 378191 AgR /RJ que bem resume o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS. COFINS. LEI Nº 9.718/98.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, apreciou a questão. Ao fazê-lo, esta colenda Corte: a) declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da COFINS), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; e b) entendeu desnecessária, no caso específico, lei complementar para a majoração da alíquota da COFINS, cuja instituição se dera com base no inciso I do art. 195 da Lei das Leis. No que diz respeito ao § 6º do art. 195 da Carta Magna, esta excelsa Corte já firmou a orientação de que o prazo nonagesimal é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição (no caso, a MP 1.724/98). De outro giro, no julgamento do RE 336.134, Relator Ministro Ilmar Galvão, esta Suprema Corte reputou constitucional a compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, afastando, deste modo, a alegação de ofensa ao princípio da isonomia. Decisões no mesmo sentido: REs 388.992, Relator Ministro Marco Aurélio, e 476.694, Relator Ministro Cezar Peluso, entre outras. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

Por sua vez, o art. 26-A da Lei nº 11.941/09 dispõe:

"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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).

§ 5º (Revogado).

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

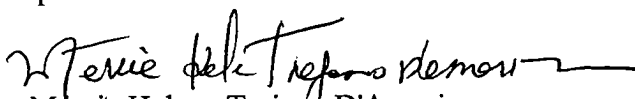
I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...)"(negritei)

Assim, entendo, que como o pedido foi com base na inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei de nº 9.718/98, a incidência do PIS e da COFINS deve ser sobre o seu faturamento, decorrente da venda de bens e serviços.

Ressalto que, em relação às regras previstas nas Leis nºs 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS), nada mudou.

Por todo o exposto voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos acima, para fins de afastar a tributação da COFINS e do PIS sobre as receitas financeiras, declarando o direito do contribuinte a repetir o valor pago a maior, quando comprovado e quando apurados com base na Lei nº 9.718/98, prejudicados os demais argumentos.

Por fim, deve o processo retornar à autoridade preparadora que seja apurado eventual valor a repetir.


Mercia Helena Trajano D'Amorim