



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

Processo n° 10510.720040/2007-50
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3802-004.038 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 27 de janeiro de 2015
Matéria DCOMP Eletrônico - Pagamento a maior ou indevido
Recorrente BANCO DO ESTADO DE SERGIPE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/01/2002, 01/12/2002 a 31/01/2003, 01/10/2003 a 30/11/2003

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718, DE 1998, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo do PIS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Inadmissível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, não poderão integrar a base de cálculo da contribuição as receitas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/01/2002, 01/12/2002 a 31/01/2003, 01/10/2003 a 30/11/2003

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE CONTRA HOMOLOGAÇÃO EM PARTE DE COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO NÃO EXAMINADA PELA PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Realidade em que a primeira instância de julgamento não examinou o direito creditório reclamado pelo sujeito passivo, eis que a decisão considerou como inadmissível pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de norma tributária.

Recurso a que se dá parcial provimento para determinar a remessa dos autos à instância *a quo* para que esta se pronuncie sobre a legitimidade do crédito frente à documentação acostada aos autos pela recorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso para afastar o argumento de inconstitucionalidade e determinar a devolução dos autos para que a DRJ se manifeste quanto ao mérito da compensação vislumbrada pelo sujeito passivo.

Fez sustentação oral pela recorrente a Dra. Hanna Carolina Maia Tavares, OAB/BA 28.184.

(assinado digitalmente)

Joel Miyazaki – Presidente 2ª Câmara / 3ª Seção

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Redator *ad hoc* (art. 17, inciso III, do Anexo II do RICARF/2015)

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Bruno Maurício Macedo Curi, Cláudio Augusto Gonçalves Pereira (relator), Francisco José Barroso Rios, Mércia Helena Trajano Damorim (presidente), Solon Sehn e Waldir Navarro Bezerra.

Relatório

Preliminarmente, ressalto que, nos termos do artigo 17, inciso III, do anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF/2015, fui designado como redator *ad hoc* para a formalização do acórdão, considerando o resultado do julgamento nos termos da ATA da correspondente sessão de julgamento.

Por bem retratar os fatos, reproduzo, abaixo, o relatório objeto da decisão recorrida:

Trata-se de Manifestação de Inconformidade (fls. 127/141) da interessada contra o Despacho Decisório nº 769, de 14 de agosto de 2008 (fls. 97/100), proferido pela Delegacia da Receita Federal em Aracaju (DRF/AJU), que homologou apenas em parte (R\$ 51,87) as compensações apresentadas.

Com as Declarações de Compensação entregues pretendia a interessada compensar débitos diversos com créditos relativos a pagamentos indevidos ou a maior de PIS referentes aos períodos de apuração de 01/12/2001 a 31/01/2002, 01/12/2002 a 31/01/2003 e 01/10/2003 a 30/11/2003, no montante original de R\$ 333.929,99.

O pleito da interessada foi indeferido pela DRF/AJU, pois não se identificou, nos sistemas da Receita Federal, os alegados pagamentos a maior ou indevidos, visto que, para todos os períodos verificados, os recolhimentos estavam perfeitamente alocados aos débitos confessados em DCTF, não restando créditos a ser aproveitados (apenas os R\$ 51,87).

Não concordando com o indeferimento de seu pleito, a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade em análise, sendo essas as razões de sua irrisignação, em síntese:

- O crédito tributário em questão foi apurado e compensado pela requerente em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo da contribuição ao PIS nos termos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 346.084/PR, 357.950/RS, 390.840/MG, 358.273/RS, e não em função de mero equívoco de apuração e recolhimento indevido ou a maior da contribuição ao PIS, como "data vênua" equivocadamente fundamentou o Fisco Federal;*
- A requerente declarou, confessou e pagou o PIS, à época, com base no inconstitucional § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, de modo que os valores devem ser revistos e recalculados de ofício pela Delegacia para apuração do crédito tributário em questão;*
- A Delegacia em Aracaju arbitrariamente ignorou o direito creditório da requerente, sob a justificativa incompreensível e, portanto, absurda, de que a requerente teria pago exatamente o montante declarado nas DCTFs — sem sequer reconstituir a apuração do tributo devido, utilizando a base de cálculo chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.*

A primeira instância, por unanimidade de votos, não homologou as compensações apresentadas pelo sujeito passivo, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/01/2002, 01/12/2002 a 31/01/2003, 01/10/2003 a 30/11/2003

COMPENSAÇÃO. DCTF. DCOMP.

Cabe à contribuinte que pleiteia compensação o correto preenchimento ou retificação da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e da Declaração de Compensação (DCOMP), informando, entre outras coisas, a efetiva origem dos créditos.

AÇÕES JUDICIAIS DE TERCEIROS. EFEITOS.

Decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito de ações judiciais de terceiros na via incidental só geram efeitos para as partes da ação (inter partes), não se estendendo automaticamente para todos os contribuintes (efeito erga omnes).

Compensação não homologada

Cientificado da referida decisão em 07/01/2009 (fls. 212), o sujeito passivo apresentou, em 05/02/2009 (fls. 214), o recurso voluntário de fls. 214//232, onde aduz que a instância recorrida se omitiu de se pronunciar sobre a legitimidade da apuração do PIS considerando a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, e que aduzido direito creditório seria legítimo em vista da decisão definitiva do STF dada a inconstitucionalidade do preceito legal em evidência.

É o relatório.**Voto**

Conselheiro Francisco José Barroso Rios, redator *ad hoc* designado para formalizar a decisão, uma vez que o conselheiro relator, Cláudio Augusto Gonçalves Pereira, não mais compõe este colegiado, retratando, assim, a hipótese de que trata o artigo 17, inciso III, do Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Como se sabe, o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS. O aumento da carga tributária daí decorrente foi veementemente contestado na justiça, tendo o Poder Judiciário, por diversas vezes, entendido que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional – EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “*não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*” (Ag.Reg. RE 546.327-3/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Assim, entendeu o Poder Judiciário que o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ao alargar o conceito de faturamento, criara exaçoção nova, assunto o qual deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, o alargamento da base de cálculo objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP nº 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, apreciado pelo pleno em 09/11/2005, decidiu no seguinte sentido (relator Ministro Marco Aurélio):

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas

auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

A decisão teve a seguinte votação:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie Plenário, 09.11.2005.

Posteriormente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235-1/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, **reconheceu a repercussão geral do tema**, conforme ementa do acórdão em tela, que teve a relatoria do Ministro Cezar Peluso:

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.

Em função disso, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria PGFN nº 294, de março de 2010, **dispensou os Procuradores da Fazenda Nacional de apresentar contestação e de interpor recursos**, dentre outras hipóteses, em relação à discriminada no inciso V de seu artigo 1º, segundo a qual: “**V – quando a demanda e/ou a decisão tratar de questão já definida, pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede de julgamento realizado na forma dos arts. 543-B e 543-C do CPC, respectivamente**”. O artigo 543-B do CPC trata, justamente, da análise da repercussão geral.

No exame do mérito, como se sabe, o julgador administrativo está vinculado à legalidade estrita, por força do disposto no artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Especificamente sobre exame de constitucionalidade de norma, o *caput* do artigo 62 do Anexo II do mesmo Regimento veda “[...] **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**”, **admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”**, como na hipótese presente.

Aliás, segundo o artigo 62-A do RICARF (inserido pela Portaria MF nº 586/2010),

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 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, há que se analisar a querela diante da atual realidade, que requer seja considerado o afastamento do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, em vista de sua declarada inconstitucionalidade pelo STF. Sobre tal dispositivo, vale ressaltar, a título de informação, que o mesmo foi posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Da análise do julgado proferido pela instância *a quo* constata-se que o mesmo se restringiu a ressaltar a inexistência de retificação das DCTF apresentadas pelo sujeito passivo, bem como à impossibilidade de a instância administrativa se manifestar sobre inconstitucionalidade de norma. Isso resta evidente diante da própria ementa do acórdão, reproduzida no relatório supra. Não foi feita, pois, nenhuma análise do direito creditório em si.

Não obstante, diante do disposto no parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, acima transcrito, entendo que a DRJ recorrida deveria, sim, ter se pronunciado sobre o crédito tributário reclamado.

Portanto, e para não caracterizar a supressão de instância, **voto** para que os autos sejam devolvidos à DRJ recorrida, a fim de que esta se manifeste sobre a legitimidade do crédito alegado pela suplicante, devendo ser tratada como superada a questão relativa à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Formalizado o voto por força do disposto no artigo 17, inciso III, do Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, subscrevo o presente.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Redator *ad hoc*