



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

Processo nº 10530.904837/2011-56
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3201-000.905 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 29 de junho de 2017
Assunto COMPENSAÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrente RODOBENS CAMINHÕES BAHIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

Winderley Moraes Pereira - Presidente

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Tatiana Josefovicz Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Orlando Rutigliani Berri, Marcelo Giovani Vieira, Renato Vieira de Avila.

Relatório.

Por retratar com fidelidade os fatos, adoto, com os devidos acréscimos, o relatório produzido em primeira instância, o qual está consignado nos seguintes termos:

"O presente processo trata de Manifestação de Inconformidade contra Despacho Decisório nº rastreamento 13365883, emitido eletronicamente em 02/12/2011, referente ao PER/DCOMP nº 37561.29846.120805.1.2.04-9119.

O pedido de restituição, gerado pelo programa PER/DCOMP, foi transmitido com o objetivo de ver reconhecido direito creditório

correspondente a(o) COFINS (Código de Receita 2172) no valor original na data de transmissão de R\$ 2.438,26, representado por Darf recolhido em 15/02/2001, no montante total de R\$ 55.708,82.

De acordo com o Despacho Decisório, a partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição. Assim, diante da inexistência do crédito, o pedido de restituição foi indeferido.

Como enquadramento legal citou-se: art. 165 da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN).

Cientificado do Despacho Decisório em 22/12/2011(fl.48) a Interessada apresenta, em 17/01/2012, manifestação de inconformidade alegando o que se segue:

- Preliminarmente requer, em face do princípio da economia processual e da conexão, a reunião dos processos administrativos nº 10530.904851/2011-50, 10530.904850/2011- 13, 10530.904860/2011-41, 10530.904865/2011-73, 10530.904869/2011-51, 10530.904873/2011-10, 10530.904871/2011-21, 10530.904862/2011-30, 10530.904836/2011-10, 10530.904845/2011-01, 10530.904557/2011-48, 10530.904867/2011-62, 10530.904855/2011-38, 10530.904856/2011-82, 10530.904848/2011-36, 10530.904568/2011-28, 10530.904852/2011-02, 10530.904837/2011-56, 10530.904840/2011-70, 10530.904872/2011-75, 10530.904875/2011-17, 10530.904859/2011-16, 10530.904864/2011-29, 10530.904835/2011-67, 10530.904854/2011-93, 10530.904863/2011-84, 10530.904870/2011-86, 10530.904876/2011-53, 10530.904877/2011-06, 10530.904858/2011-71, 10530.904857/2011-27, 10530.904844/2011-58, 10530.904561/2011-14, 10530.904841/2011-14, 10530.904853/2011-49, 10530.904566/2011-39, 10530.904874/2011-64, 10530.904846/2011-47, 10530.904834/2011-12, 10530.904866/2011-18, 10530.904838/2011-09, 10530.904878/2011-42, 10530.904849/2011-81, 10530.904868/2011-15, 10530.904839/2011-45, uma vez que possuem o mesmo objeto, qual seja, a restituição de crédito decorrente do recolhimento indevido da Cofins ou do Pis, pautado na inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.*
- Aduz não ter sido intimada a prestar esclarecimentos acerca da higidez do crédito, em desrespeito ao art. 65 da Instrução Normativa RFB nº 990, de 30/12/2008.*
- Nos termos do art. 142 do CTN, é dever da fiscalização ir a fundo no exame da situação concreta, a fim de que o lançamento e também as demais glosas fiscais, sejam baseados na correta aplicação da lei aos fatos efetivamente ocorridos e a ela subsumidos.*
- No caso, a fiscalização sequer tomou conhecimento das razões que justificam o pedido de restituição, fato que impõe a reforma do despacho decisório, justamente por contrariar o ordenamento jurídico vigente.*

-
- *O parágrafo 1º, art. 3º da Lei nº 9.718/98 ampliou significativamente as bases de cálculo das contribuições para o PIS e da Cofins, ao prescrever que nelas fossem consideradas todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, e não simplesmente o seu faturamento.*
 - *Ao assim proceder, o legislador ordinário ofendeu frontalmente o inc. I do art. 195 da Constituição Federal, bem como o art. 110 do CTN, que proíbe a alteração, pela lei tributária, da definição, do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir as competências tributárias.*
 - *A discussão quanto à constitucionalidade do parágrafo 1º, art. 3º da Lei nº 9.718/98 encontra-se superada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária, declarou a inconstitucionalidade daquele dispositivo, por ocasião do julgamento do RE nº 390.840/MG, em 09/11/2005.*
 - *A matéria já foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal-STF como de repercussão geral e será objeto de Súmula Vinculante, conforme Voto proferido pelo Min. Cezar Peluso no RE nº 585.235, de 10/09/2008.*
 - *Esse entendimento está de tal forma pacificado no seio da jurisprudência que a Lei nº 11.941, de 27/05/2009, revogou expressamente o malsinado parágrafo 1º, art. 3º da Lei nº 9.718/98.*
 - *A jurisprudência administrativa já se manifestou favoravelmente à aplicação, pelo Fisco, das decisões que declararam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, art. 3º da Lei nº 9.718/98, em razão de terem sido proferidas em sessão plenária do STF. Cita jurisprudência.*
 - *O inc. I do parágrafo 6º, do art. 26-A, incluído no Decreto nº 70.235/1972 pela Lei nº 11.941/2009 determina que, nos casos de lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do STF, os órgãos de julgamento da administração fiscal federal devem afastar sua aplicação.*
 - *Norma de igual teor foi também prevista no Decreto nº 7.574, de 29 de novembro de 2011, que determinou, no inciso I do parágrafo único de seu artigo 59, a aplicação, pelos órgãos de julgamento da administração federal, do entendimento exarado pelo Plenário da Corte Suprema, nos casos de lei declarada inconstitucional.*
 - *O caput do art. 62-A, do RICARF (Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), introduzido pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, vincula o CARF a adotar as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, sob o regime de repercussão geral (art. 543-B do CPC), tal como ocorreu no julgamento do RE nº 585.235.*
 - *Tal dispositivo regimental reforça a demonstração de que o entendimento do STF a propósito da inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98 deve, necessariamente, ser aplicado ao caso dos autos.*

- *Não há dúvidas de que o entendimento esposado pelo STF deve ser aplicado pelas autoridades fazendárias em suas decisões.*
- *Nas bases de cálculo das contribuições para o Pis e da Cofins deveriam ter sido incluídos, somente, os valores correspondentes ao faturamento, ou seja, os ingressos correspondentes às receitas das vendas de mercadorias e da prestação de serviços.*
- *O direito creditório discutido nos autos se refere a recolhimentos sobre receitas que não integram o faturamento e, por conseguinte, não são alcançadas pela hipótese de incidência das contribuições para o Pis e Cofins.*
- *E para que não restem quaisquer dúvidas, são acostados documentos hábeis a comprovar a existência e a higidez do crédito pleiteado.*
- *Por fim, pede o acolhimento da manifestação de inconformidade, com o reconhecimento à plena restituição das contribuições recolhidas sobre receitas estranhas ao conceito de faturamento, em face da inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº 9.718/98, declarada pelo Supremo Tribunal Federal e já reconhecida pela jurisprudência administrativa.*
- *Informa, ainda, que a matéria objeto da manifestação de inconformidade não foi submetida à apreciação judicial e protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, especialmente a produção de perícia, a realização de diligências e a juntada de documentos.*

É o relatório."

A decisão recorrida, apresenta a seguinte ementa:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração: 01/01/2001 a 31/01/2001 INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA.

A prova do indébito tributário, fato jurídico a dar fundamento ao direito de repetição ou à compensação, compete ao sujeito passivo que teria efetuado o pagamento indevido ou maior que o devido.

RESTITUIÇÃO. CRÉDITO. CERTEZA E LIQUIDEZ. NÃO COMPROVAÇÃO.

Não comprovadas a certeza e a liquidez do direito creditório, há que se indeferir o pedido de restituição.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido"

O recurso voluntário foi interposto de forma hábil e tempestiva, contendo, em breve síntese, tese de que (i) a DCTF não é único meio de prova da existência do crédito passível de restituição; (ii) que a exigência de retificação de declarações como condição à restituição do indébito tributário é descabida; (iii) que o acórdão recorrido está em desconformidade com o princípio da verdade material; (iv) que a falta de retificação de declaração não tem o condão de tornar devido o que é indevido; (v) que estando a

contabilidade lastreada em documentação idônea há prova em favor do contribuinte; (vi) que o conjunto probatório dos autos faz prova de que o valor da contribuição recolhida indevidamente sobre as receitas financeiras está devidamente lastreado nas receitas financeiras destacados nos livros contábeis anexados à manifestação de inconformidade; (vii) que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º da Lei 9718/98; (viii) que a matéria já foi decidida em sede de repercussão geral pela Suprema Corte através do RE 585235; (ix) que a Lei 11941/2009 revogou o parágrafo 1º, do art. 3º da Lei 9718/98; (x) defende a aplicação do art. 26-A do Decreto 70235/72 e art. 62-A do RICARF e (xi) cita jurisprudência em seu favor.

Pugna a recorrente ao final, o provimento do recurso voluntário interposto para que seja reconhecido o seu direito à plena restituição da COFINS calculada sobre receitas estranhas ao conceito de faturamento, diante da inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º da Lei 9718/98.

É o relatório.

O presente processo tramita na condição de paradigma, sendo aplicável o contido no art. 47 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

"Art. 47. Os processos serão sorteados eletronicamente às Turmas e destas, também eletronicamente, para os conselheiros, organizados em lotes, formados, preferencialmente, por processos conexos, decorrentes ou reflexos, de mesma matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46.

§ 1º Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente de Turma para o qual os processos forem sorteados poderá sortear 1 (um) processo para defini-lo como paradigma, ficando os demais na carga da Turma.

§ 2º Quando o processo a que se refere o § 1º for sorteado e incluído em pauta, deverá haver indicação deste paradigma e, em nome do Presidente da Turma, dos demais processos aos quais será aplicado o mesmo resultado de julgamento."

A questão em apreço se resolveria pela aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, conforme ementa a seguir transcrita:

"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." (RE 585235 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871)

Tem-se, então, que o § 1º do art. 3º da Lei 9718/98 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Como sabido, a aplicação do decidido pela Corte Suprema em sede de repercussão geral é de aplicação obrigatória por parte deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, conforme se depreende da redação do art. do RICARF:

"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:

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)"

A jurisprudência deste colegiado administrativo é pacífica em relação ao tema. Vejamos:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/09/2001 a 30/09/2001

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/1998. INCONSTITUCIONALIDADE DE DECLARADA PELO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ART. 62 DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO ENTENDIMENTO.

O §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do RE nº 346.084/PR e no RE nº 585.235/RG, este último decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543B). Assim, deve ser aplicado o disposto no art. 62 do Regimento Interno do Carf, o que implica a obrigatoriedade do reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal." (Processo 11516.002621/2007-19; Acórdão 3401-003.239; Conselheiro LEONARDO OGASSAWARA DE ARAUJO BRANCO, Sessão de 26/09/2016)

Ocorre que, no caso em debate tanto o despacho decisório, quanto a decisão proferida em sede de manifestação de inconformidade informam não estar comprovada a certeza e a liquidez do direito creditório.

A decisão, portanto, foi no sentido de que inexistia crédito apto a lastrear o pedido da recorrente.

No entanto, entendo como razoável as alegações produzidas pela recorrente aliado aos documentos apresentados nos autos, o que atesta que procurou se desincumbir do seu ônus probatório em atestar a existência dos créditos alegados.

A recorrente além das DCTF's apresentou planilha de cálculo, balancete e comprovante de arrecadação referente ao período em apreço e, por fim, juntamente com o seu recurso anexa o Livro-Razão.

Neste contexto, a teor do que preconiza o art. 373 do diploma processual civil, teve a manifesta intenção de provar o seu direito creditório, sendo que tal procedimento, também está pautado pela boa-fé.

Saliento o fato de assistir razão à recorrente quando alega que a falta de retificação de declaração não tem o condão de tornar devido o que é indevido, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material.

Neste sentido já decidiu o CARF:

"Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2002

CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Os processos referem-se a períodos diferentes, o que ocasiona fatos jurídicos tributários diferentes, com a consequente diferenciação no que concerne à produção probatória, impossibilitando a conexão.

FALTA DE RETIFICAÇÃO NA DCTF.

Ainda que o sujeito passivo não tenha retificado a DCTF, mas demonstre, por meio de prova cabal, a existência de crédito, a referida formalidade não se faz necessária.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2002

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, §1º, DA LEI Nº 9.718/1998. RECONHECIMENTO.

Quanto à ampliação da base de cálculo prevista pela Lei nº 9.718/1998, tal fato já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, RE 585235 QO-RG." (Processo 10280.905801/2011-89; Acórdão 3302-003.619; Conselheira SARAH MARIA LINHARES DE ARAÚJO PAES DE SOUZ; Sessão de 21/02/2017) (nosso destaque)

Recentemente, em questão similar, em processo relatado pela Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário (10830.917695/2011-11 - Resolução 3201-000.848), esta Turma

por unanimidade de votos, decidiu em converter o julgamento em diligência, conforme a seguir transcrito:

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto da Relatora."

Do voto da relatora destaco:

"Na hipótese dos autos, observa-se que não houve inércia do contribuinte na apresentação de documentos. O que se verifica é que os documentos inicialmente apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade se mostraram insuficientes para que a Autoridade Julgadora determinasse a revisão do crédito tributário. E, imediatamente após tal manifestação, em sede de Recurso Voluntário, foram apresentados novos documentos."

Ademais, não se pode olvidar que se está diante de um despacho decisório eletrônico, ou seja, a primeira oportunidade concedida ao contribuinte para a apresentação de documentos comprobatórios do seu direito foi, exatamente, no momento da apresentação da sua Manifestação de Inconformidade. E, foi apenas em sede de acórdão, que tais documentos foram tidos por insuficientes."

Sabe-se quem em autuações fiscais realizadas de maneira ordinária, é, em regra, concedido ao contribuinte diversas oportunidades de apresentação de documentos e esclarecimentos, por meio dos Termos de Intimação emitidos durante o procedimento. Assim, limitar, na autuação eletrônica, a oportunidade de apresentação de documentos à manifestação de inconformidade, aplicando a preclusão relativamente ao Recurso Voluntário, não me parece razoável ou isonômico, além de atentatório aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal."

Ademais, em casos análogos envolvendo a recorrente, este conselho administrativo nos processos 10530.902899/2011-23 e 10530.902898/2011-89 decidiu por converter o julgamento em diligência através das Resoluções 3801-000.816 e 3801-000.815.

Assim, entendo que há dúvida razoável no presente processo acerca da liquidez, certeza e exigibilidade do direito creditório, o que justifica a conversão do feito em diligência, não sendo prudente julgar o recurso em prejuízo da recorrente, sem que as questões aventadas sejam dirimidas.

Diante do exposto, voto pela conversão do julgamento em diligência à repartição de origem, para que possa ser apurado e informado, de modo pormenorizado, o valor do débito e do crédito existentes na data de transmissão dos PER/DCOMPs dos processos, bem como a existência do crédito postulado a partir de toda a documentação apresentada pelo contribuinte e outras diligências que possam ser realizadas a critério da autoridade competente, com a elaboração do devido relatório.

Deve, ainda, a autoridade administrativa informar se há o direito creditório alegado pela recorrente e se o mesmo é suficiente para a extinção do débito existente tomando por base toda a documentação apresentada pelo contribuinte.

Processo nº 10530.904837/2011-56
Resolução nº **3201-000.905**

S3-C2T1
Fl. 10

Isto posto, deve ser oportunizada à recorrente o conhecimento dos procedimentos efetuados pela repartição fiscal, com abertura de vistas pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, para que se manifeste nos autos e apresente documentos adicionais, caso entenda necessário, para, na sequência, retornarem os autos a este colegiado para prosseguimento do julgamento.

É como voto.

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Relator