ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10580.002358/2006-41

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

Processo nº	10580.002358/2006-41
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3402-006.108 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	31 de janeiro de 2019
Matéria	RESTITUIÇÃO COFINS
Recorrente	MASTROTTO REICH ERT S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/01/2004

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A base de cálculo da contribuição para a COFINS é o faturamento, assim compreendido como a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por sentença proferida no RE nº 585.235/MG pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006 (repercussão geral).

RESTITUIÇÃO. EXTENSÃO ADMINISTRATIVA DE DECISÕES JUDICIAIS.

Nos termos do art. 62, §2º do RICARF, deve ser estendido aos casos concretos a interpretação vertida no RE nº 357.950/RS, por força do que restou decidido no RE nº 585.235/MG.

COMPENSAÇÃO. DESPACHO DECISÓRIO. DESCONSTITUIÇÃO DA CAUSA ORIGINAL. NÃO HOMOLOGAÇÃO. EFEITOS.

No caso de julgamento do CARF decidindo pela existência, em tese, do direito ao crédito, ocorre a desconstituição da causa original do Despacho Decisório, cabendo à autoridade fiscal apurar, por meio de novo Despacho devidamente fundamentado, a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/01/2004

PIS. RESTITUIÇÃO. DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA.

Aplica-se ao pedido da Contribuição para o PIS/Pasep o decidido em relação à COFINS discutido a partir da mesma matéria fática.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para: (i) afastar o fundamento original do Despacho Decisório com base no RE nº 585.235-1/MG e, (ii) determinar que a autoridade fiscal de origem apure, por meio de novo Despacho Decisório, a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo sujeito passivo.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Navarro Bezerra, Rodrigo Mineiro Fernandes, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Cynthia Elena de Campos e Thais De Laurentiis Galkowicz.

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição (fls. 2/9), protocolado em 14/03/2006, relativo ao alegado pagamento indevido do PIS e da COFINS sobre as "Receitas Financeiras" e outras especificadas, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Alega a Recorrente que o Pedido de Restituição se refere a pagamentos indevidos de PIS e CCOFINS realizados entre janeiro de 2001 a janeiro de 2004, sobre Receitas financeiras (e outras), que segundo o citado dispositivo legal, integrariam a base de cálculo das contribuições.

A empresa apresentou sua defesa contra o Despacho Decisório nº 2.789, de 29 de outubro de 2007 (fls. 134/137), proferido pela DRF de Feira de Santana (BA), que indeferiu o direito creditório da contribuinte, no valor original de RS 786.472,31. Na fundamentação do Despacho Decisório, o Fisco ressalta que *"(...) a Lei n° 9.718. de 1998, se encontra plenamente válida no ordenamento jurídico pátrio, sendo vedado à Secretaria da Receita Federal, a decisão acerca da inconstitucionalidade da norma legal questionada"*.

Cientificada do despacho decisório em 12/11/2007, a Recorrente apresentou a Manifestação de Inconformidade em 11/12/2007, sendo esses os pontos de sua irresignação, em síntese:

a) inconstitucionalidade - decisão do STF: não se trata de decidir sobre a inconstitucionalidade de norma legal, mas de aplicar o entendimento pacifico do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inconsistência da alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS promovida pela Lei n° 9.718, de 1998, conforme julgamentos dos Recursos Extraordinários n° 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840;

b) ilegalidade: o alargamento pretendido pela Lei n° 9.718, de 1998, também violou o art. 110 do Código Tributário Nacional, padecendo, assim, de vício de ilegalidade;

c) Taxa Selic: os valores a serem restituídos devem ser atualizados pela taxa Selic, desde a data do recolhimento indevido até a data da efetiva restituição, em atendimento ao que dispõe a Lei n° 9.250, de 1995, e a Instrução Normativa SRF n°600, de 2005; e

d) impossibilidade de apresentação de PER/DCOMP: o pedido de restituição se deu em razão de pagamento indevido ou a maior de PIS e Cofins; Ocorre que esse tipo de requisição somente pode ser efetuado através do programa PER/DCOMP quando a quitação do tributo tiver ocorrido por meio de pagamento de DARF; Entretanto, no presente caso , as contribuições não foram pagas mediante DARF, eis que a quitação ocorreu mediante compensação; Dada a impossibilidade de utilização do PER/DCOMP, o pedido foi preenchido em formulário, nos termos dos §§ 2' e 3° do art. 76 da IN SRF n° 600. de 2005.

Por meio do Acórdão nº 15-20.408, de 20 de agosto de 2009, a 4ª Turma da DRJ - Salvador/BA, indeferiu a Manifestação de Inconformidade, sob o principal argumento de que a decisão sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, não atende aos requisitos do Decreto nº 2.346/97, e, portanto, não pode ser aplicada aos demais contribuintes.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância, o contribuinte recorreu em tempo hábil a este Conselho, alegando, em síntese, que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 é inconstitucional e que o plenário do Supremo Tribunal Federal já declarou essa inconstitucionalidade em caráter definitivo. Existindo decisão definitiva do STF, ainda que proferida no controle difuso, os arts. 1º e 4º do Decreto nº 2.346/97 autorizam a autoridade administrativa a decidir de acordo com o que preceitua o STF.

Disse que recolheu indevidamente as Contribuições por ter incluído em sua base de cálculo, além das **Receitas Financeiras**, as seguintes contas da contabilidade*: 44.101-1- Abatimentos obtidos (ORO); 44.101.5- Brindes e Amostras; 44.101-2- Outras Rendas (ORO) 44.200-0 - Recuperação Créditos Fiscais; 44.201-2- Ressarcimento Créd Presumido IPI s/ Pis Cofins; 44.202-0- Recuperação Crédito Fiscal; 44.202-1- Crédito Presumido do ICMS - 90% vendas MI e 44.202-2- Recuperação Créd Fiscal Crédito Presumido ICMS - 90% Vendas MI Crédito ICMS Extemp. Comunic/Combustível,* receitas essas distintas do faturamento, as quais, segundo a decisão do STF, não poderiam ter sofrido a incidência tributária. Anexa planilha demonstrativa.

Da impossibilidade de apresentação de PER/DCOMP: alega que tinha direito ao beneficio do crédito presumido de IPI, instituído pelas Leis nºs 9.363/96 e 10.276/2001. Além disso, a Recorrente possuía outros créditos passíveis de compensação. Esses créditos foram utilizados para quitar os débitos relativos às contribuições ao PIS e COFINS, nos termos do disposto na Lei n. 9.718/98.

Requer a reforma da decisão recorrida e o deferimento da Restituição pleiteada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra, Relator.

O recurso voluntário preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Como relatado, trata-se de Pedido de Ressarcimento de PIS e da COFINS incidente sobre recolhimentos, cuja base de cálculo não seja, exclusivamente, o valor das vendas de bens e serviços no mercado interno. Em seu recurso requer que sejam excluídas da base de cálculo as Receitas Financeiras, assim como os abatimentos obtidos, outras rendas, recuperação de créditos fiscais, dentre outras rubricas, apurada entre 01/2001 e 01/2004, conforme Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

A solicitação foi formalizada através do formulário Pedido de Ressarcimento, aprovado pela Instrução Normativa SRF n° 600, de 2005, em virtude da impossibilidade de ter seu pleito requerido eletronicamente mediante a utilização do Programa PER/DCOMP.

O fundamento do indébito é a declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, do dispositivo legal que serviu de base aos recolhimentos, qual seja: o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98. No entanto, a Delegacia de Julgamento em Salvador/BA, entendeu à época, que tal decisão se aplica unicamente ao caso concreto julgado pelo STF, não sendo passível de ser estendida a outros contribuintes.

a) Da Prescrição

Preliminarmente, cabe-me apreciar de ofício a questão da prescrição (ou da decadência como entendem alguns) do direito à restituição do indébito. No caso concreto estamos diante do Pedido de Restituição de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Ao julgar o RE nº 566.621, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento com caráter de repercussão geral, considerou que para Ações de repetição do indébito propostas até 08 de junho de 2005 deve prevalecer o prazo de 10 (dez) anos, nos termos da jurisprudência do STJ, e o prazo de 5 (cinco) anos para ações propostas a partir de 09 de junho de 2005, a teor do art. 3º, combinado com o art. 4º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

No caso, o Pedido de Restituição foi protocolado (em formulário papel) em 14/03/2006 (doc. fl. 2). Tendo a Recorrente manejado o Pedido de Restituição em 14 de março de 2006, aplica-se ao caso concreto o prazo de prescrição de 05 (cinco) anos, contados da data do pagamento indevido, a teor dos arts. 3º e 4º da Lei nº 118, de 09/02/2005, combinado com o art. 168, I, do CTN.

Aplicando-se tal critério, verifica-se que no caso sob análise não existe nenhum pagamento prescrito, pois os débitos informados referente aos fatos geradores ocorridos entre 01/2001 e 01/2004, foram consideradas extintas por meio de compensação. O débito referente ao mês de Janeiro/2001, foi extintas por compensação em **10/04/2001**, conforme data de protocolo da declaração de compensação (fl. 35). O de fevereiro/2001, compensado em 04/05/2001 (fl. 36). E os débitos dos períodos de março a dezembro de 2001 foram extintas por compensações efetuadas ao longo de **2004** (fls. 37 e ss.).

Assim, não havendo prescrição, passa-se ao exame da questão de fundo.

b) Do Direito alegado pela Recorrente

É consabido que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, em 09/11/2005 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 e a **constitucionalidade** do art. 8º da referida lei.

A análise do inteiro teor daquela decisão revela que somente as receitas provenientes da venda de mercadorias e da prestação de serviços podem sofrer a incidência do PIS e da COFINS, uma vez que o Tribunal considerou que o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 era incompatível com o art. 195, I, "b" da Constituição, em sua redação original, e que a mácula do dispositivo legal não desapareceu com a superveniência da EC nº 20/98.

Como é cediço, existindo decisão definitiva do STF, proferida em sede de controle difuso, a questão que se coloca é a possibilidade de a Administração Pública estendê-la aos demais contribuintes.

Mais adiante, ao julgar o RE nº 585.235-1/MG, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional versada nos RE nº 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

> *"RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.784/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. org. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nº 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. E inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98."*

Verifica-se que o §2º do art. 62, do Regimento Interno do CARF vincula os Conselheiros às decisões proferidas pelo STF e pelo STJ nos seguintes termos:

> *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.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática 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, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

Posto isto, considerando que o indébito ora pleiteado decorre da alegada inclusão na base de cálculo da Contribuição do PIS e da COFINS sobre as Receitas Financeiras, bem como dos abatimentos obtidos, outras rendas, recuperação de créditos fiscais, dentre outros, apurada entre 01/2001 e 01/2004, que, em preincípio, não se identificam com o conceito de faturamento estabelecido pelo STF, voto no sentido de reconhecer, em tese, a existência do direito da Recorrente à repetição do indébito com base no RE nº 585.235-1/MG.

c) Da Liquidez e Certeza do crédito

Ultrapassado a questão de direito, torna-se fundamental apreciar a matéria de prova, de modo a se averiguar a liquidez e certeza do crédito alegado.

Como relatado, o presente processo se refere ao Pedido de Restituição de contribuições do PIS e da COFINS recolhidos (fls. 2/9), cuja base de cálculo não seja,

exclusivamente, o valor das vendas de bens e serviços no mercado interno. Em suma, a Recorrente requer que sejam excluídas da base de cálculo as **Receitas financeiras**, assim como os abatimentos obtidos, outras rendas, recuperação de créditos fiscais, dentre outros.

Pois bem. Como visto, o pedido foi negado, por entender a fiscalização no seu Despacho Decisório nº 2.789/2007, proferido pela DRF/Feira de Santana (BA), que (fls. 134/137):

> *"(...) A Constituição Federal em seu art. 2° estabelece o principio da separação e independência dos Poderes, sendo, portanto, interditado ao Executivo avocar matéria de competência privativa do Poder Judiciário como é a de decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal.*
>
> *A Secretaria da Receita Federal, como órgão da Administração Direta da Unido, não é competente para decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal, cabendo-lhe, mediante ação administrativa,* ***aplicar a lei tributária ao caso concreto.*** *O foro competente para apreciar argüição de descumprimento de preceito constitucional é o Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe art. 102, parágrafo único da Constituição Federal.*
>
> *Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou.*
>
> *O texto legal é bastante claro ao determinar que as contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins serão calculadas com base no seu faturamento, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, entendendo-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas,* ***admitindo-se a exclusão apenas das parcelas elencadas pela lei,*** *pois a lista é exaustiva, de modo que não cabem novas exclusões além daquelas ali discriminadas.(...)"*

Este mesmo entendimento também foi referendado pela decisão de primeira instância administrativa, conforme se verifica no Acórdão às fls. 159/165.

No entanto, no caso, vislumbra-se a necessidade de reforma do Despacho Decisório e da decisão de primeira instância, vez que o fundamento jurídico por elas concedidos (Recursos Extraordinários n° 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084 o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) que decidiu pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3° da Lei nº 9.718, de 1998, excluindo as receitas estranhas ao faturamento da base de cálculo do PIS c da Cofins), foi no sentido que, "tais ações julgadas tem efeitos apenas para as partes, não se estendendo a terceiros com efeitos *erga omines,* como requereu a Recorrente".

Por outro lado, como vimos no tópico "b" acima (do direito), ao julgar o RE nº 585.235-1/MG, o Supremo Tribunal Federal **reconheceu a repercussão geral** da questão constitucional versada nos RE nº 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, conforme definido no **RE nº 585.235-1/MG**, em sede de repercussão geral.

Assim, diante destas circunstâncias, afastado o único fundamento jurídico apresentado para a negativa à restituição do crédito, necessário que seja realizado um novo trabalho fiscal para a confirmação da validade e liquidez do crédito, e não simplesmente realização de uma diligência para a verificação de sua validade nesta segunda instância administrativa.

Isto porque no caso em tela, a análise da prova restou prejudicada, pois a DRF, em seu Despacho Decisório de fls. 134/137, não apreciou esse aspecto. Assim, e

considerando que a supressão de instância somente pode ser realizada se esta for favorável ao sujeito passivo, forte no art. 59, § 3º, do Decreto 70.235/72, bem como já entendido em outras oportunidades por este Conselho, como por exemplo:

> ***"Processo administrativo fiscal. Nulidade. Supressão de instância. Cerceamento do direito de defesa.***
>
> *As normas que regem o processo administrativo fiscal concedem ao contribuinte o direito de ver apreciada toda a matéria litigiosa em duas instâncias.* ***Supressão de instância é fato caracterizador do cerceamento do direito de defesa. Nulo é o ato administrativo maculado com vício dessa natureza.***
>
> *Processo que se declara nulo a partir do despacho decisório viciado, inclusive."* (Grifei)
>
> *(PAF nº 16327.002874/99-71 Data da Sessão 05/12/2006 Relator Tarásio Campelo Borges Nº Acórdão 30333.805).*

Desta forma, devem os autos retornar para a Unidade preparadora de origem (DRF/Feira de Santana/BA), para apreciar quanto à matéria de prova, de modo a se averiguar a liquidez e certeza do crédito alegado no pedido.

d) Dispositivo

Diante do acima exposto, **deve ser dado parcial provimento** ao Recurso Voluntário para que seja reformado o Despacho Decisório de fls. 134/137, afastando sua fundamentação e, que seja analisada pela autoridade fiscal a liquidez e certeza do crédito pleiteado no Pedido de Restituição relativo a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, referentes aos períodos de apuração de janeiro de 2001 a janeiro de 2004 (fls. 2/9).

É como voto.

Waldir Navarro Bezerra

(assinado digitalmente)