



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

Processo n° 10680.014187/2001-60
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-005.712 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de outubro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Recorrente DELTATRONIC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2001

PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECLARADO EM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. SUSPENSÃO.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por instauração de processo administrativo fiscal através da interposição de Manifestação de Incoformidade, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002, atinge a contagem do prazo prescricional para cobrança dos crédito tributário informado em declaração de compensação. Incidência do artigo 151, inciso III e artigo 174 do Código Tributário Nacional.

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

Através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Incidência do artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997. Decisões definitivas de mérito, proferidas em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional devem ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Artigo 62, § 2º do Regimento Interno do CARF.

Recurso Voluntário provido em Parte.

Direito Creditório Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para que, afastado o fundamento da decisão recorrida quanto à inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei n. 9.718/98, o processo retorne à unidade de origem para apurar o quantum e eventual direito creditório do contribuinte.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Navarro Bezerra (Presidente), Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Rodrigo Mineiro Fernandes e Renato Vieira de Ávila (suplente convocado em substituição à conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz). Ausente, justificadamente, a conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz.

Relatório

A Recorrente apresentou em 03/12/2001 o Pedido de Restituição sob o nº 10680.014187/2001-60, referente a valores recolhidos indevidamente a título de COFINS (Código da Receita 2172) no período de apuração de 28/02/1999 a 30/06/2001, anexando Documentos de Arrecadação de Receitas Fiscais (DARF) às fls. 12 a 22, no valor total de R\$ 1.262.268,73 (Hum milhão, duzentos e sessenta e dois mil, duzentos e sessenta e oito reais e setenta e três centavos).

Em manifestação de fls. 05 a 11, datada de 14 de Novembro de 2001, invoca o Princípio da Isonomia Tributária, esclarecendo que o pedido decorre de discordância pelo tratamento diferenciado na determinação da base de cálculo da COFINS, permitindo-lhes determinadas deduções e exclusões da Receita Bruta, as quais levam a concluir que na verdade, para tais entidades passou-se a ter como base de cálculo o LUCRO BRUTO, diferente da maioria dos demais contribuintes, cuja Base de Cálculo da COFINS é a Receita Bruta.

Igualmente argumenta que não incide multa de mora, uma vez que os débitos seriam levados à compensação antes de respectivos vencimentos, incidindo o instituto da denúncia espontânea previsto pelo artigo 138 do Código Tributário Nacional.

As guias de recolhimentos realizados a título de COFINS (Código da receita: 2172) foram anexados às fls. 12 a 22.

Em resumo, os pedidos iniciais são os seguintes:

i) restituição dos valores recolhidos a maior no que respeita ao diferencial da base de cálculo entre o LUCRO BRUTO e o FATURAMENTO BRUTO, tendo como termo "a quo" a competência 02/99;

ii) compensação com débitos futuros, nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96 e Decreto 2.138/97, considerando planilha de fls. 4.

O PERD/COMP N° 07260.91444.30120§.1.3.04-2014 foi apresentado às fls. 441-499 para compensação com débitos de COFINS dos períodos de apuração referente s a junho de 2002 a janeiro de 2003 e maio de 2003 a setembro de 2005, bem como débitos de PIS dos períodos de apuração julho de 2002 a setembro de 2005, considerando as seguintes informações:

PERD/COMP	VALOR TOTAL CRÉD.	DT TRANSMISSÃO	TIPO DECLARAÇÃO	VALOR TOTAL DO DÉBITO
07260.91444.301205.1.3.04-2014	1.262.268,73	30/12/2005	ORIGINAL	389.555,62
40985.95288.150906.1.3.04-1378	1.262.268,73	15/09/2006	ORIGINAL	841.621,96
42139.92154.091007.1.3.04-7678	1.262.268,73	09/10/2007	ORIGINAL	14.429,33

Às fls. 500-502 a Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte/MG proferiu despacho decisório nº 1362/2008, negando a homologação do pedido de compensação com a seguinte Ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de Apuração: 28/02/1999 a 30/06/2001

Ementa: BASE DE CÁLCULO - DETERMINAÇÃO

Somente a lei pode estabelecer a base de cálculo de tributos e contribuições.

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das lei.

Fundamentação Legal: Art. 97 do Código Tributário Nacional, art. 102 "a" da Constituição Federal e art. 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Compensação não Homologada

Foi fundamentado em despacho decisório que:

A base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS é o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta da pessoa jurídica, a partir de fevereiro de 1999, com a Lei nº 9.718/1998, art. 3º, §1º, 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.

Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, exclui-se da receita bruta apenas o que está previsto na lei. Neste sentido, deve-se observar o disposto no parágrafo 6º do artigo 150 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993:

“§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativas a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. ” (grifei)

No que atine ao mencionado tratamento isonômico, há de ser esclarecido que a Receita Federal do Brasil, como órgão da Administração Direta da União, não é competente para decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal, cabendo-lhe, mediante ação administrativa, aplicar a lei tributária. O foro competente para apreciar argüição de descumprimento de preceito constitucional é o Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o art. 102, parágrafo único da Constituição Federal.

A Carta Magna em seu art. 2º estabelece o princípio da separação e independência dos Poderes, sendo, portanto, interdito ao Executivo avocar matéria de competência privativa do Poder Judiciário como é a de decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal.

Requer a contribuinte, diante do princípio constitucional constante do art. 150, II, da CF, a isonomia de tratamento que é dada às instituições financeiras, para que sejam incluídas as exclusões e deduções, de modo que a base de cálculo da referida contribuição seja o lucro bruto.

Nesse aspecto, tratando-se de empresa que explora o comércio atacadista e varejista de acessórios, suprimentos e equipamentos de informática em geral, importação e exportação de mercadorias da linha comercial, além da prestação de serviços de desenvolvimento, manutenção, suporte e treinamento em sistemas e programas de processamento de dados, bem como a instalação de tais equipamentos e sistema e a locação de equipamentos de informática, não se enquadrando a contribuinte entre as instituições financeiras a que se refere o §1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, corresponde-lhe a base de cálculo da referida contribuição tal como disposta nos art. 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Às fls. 512-518 foi interposta Reclamação em data de 05/09/2008, requerendo a homologação da compensação e extinção do crédito tributário em razão dos seguintes argumentos de defesa:

*** Prescrição dos períodos de julho de 2002 a agosto de 2003:** Aplica-se o artigo 174 do Código Tributário Nacional, com extinção do crédito tributário, nos termos do

artigo 156, inciso V do mesmo Diploma Legal, uma vez que o pedido de compensação junto a Receita não tem o condão de suspender o prazo prescricional;

*** Aplicação da Lei nº 9.718/1998:** A inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718/1998 foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento do RE-AgR nº 356280/PR, aplicando-se a regra do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.346/97.

Às fls 522-529 foi proferido o Acórdão nº 02-19.832 pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG, julgando improcedente a manifestação de inconformidade por unanimidade, nos termos do voto do Relator, conforme Ementa abaixo:

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2001

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade da legislação é de competência exclusiva do Poder Judiciário. A extensão administrativa dos efeitos jurídicos de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no exercício do controle difuso condiciona-se às hipóteses estabelecidas no Decreto nº 2.346, de 1997.

AVISO DE COBRANÇA.

De acordo com a legislação de regência, às Delegacias de Julgamento não compete apreciação das manifestações de inconformidade apresentadas contra os Avisos de Cobrança, mas apenas àquelas dirigidas contra o indeferimento, pelas Delegacias, Alfândegas e Inspetorias da SRF, dos pedidos de restituição e compensação.

Solicitação Indeferida.

Às fls. 660-665 foi interposto Recurso Voluntário pugnando pela total reforma da decisão recorrida, o que se fez nos exatos termos apresentados em peça de Reclamação.

Às fls. 676 e 679 foi proferido despacho esclarecendo a incompetência, respectivamente, da 1ª Turma Especial e 1ª Turma Extraordinária, ambas desta 3ª Seção, em razão do limite de alçada quanto ao valor do crédito tributário.

Em razão da renúncia de mandato da anterior Conselheira, o processo foi distribuído para julgamento por esta 2ª Turma da 4ª Câmara, sob minha relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cynthia Elena de Campos, Relatora

Pressupostos legais de admissibilidade

Cabe observar que não é possível averiguar neste processo a data exata da intimação da Recorrente sobre o Acórdão proferido pela DRJ de Belo Horizonte/MG, como se observa da intimação anexada às fls 648-657 deste processo eletrônico.

No entanto, considerando a data de 24/11/2008 constante na formalização de fls. 648 e postagem de fls. 657, bem como a postagem em data de 22/12/2008 (fls. 658-659) e, por aplicação do artigo 23, inciso II e § 2º, inciso II do Decreto nº 70.235/1972, resta averiguada a tempestividade do Recurso Voluntário.

Com isso, atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido por este Colegiado.

Preliminar

Com relação à preliminar, a 1ª Turma da DRJ de Belo Horizonte/MG acompanhou o voto do Eminent Relator, que invocou a incidência do artigo. 23, inciso I da Portaria MF nº 259/ 2001, cumulado com artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, artigo 174 da Portaria MF nº 95/2007 e artigo 160 do Regimento Interno da RFB, concluindo que os atos preparatórios de cobrança não comportam manifestação de inconformidade e não formaliza lançamento passível de instaurar o contencioso administrativo fiscal, uma vez ausentes os pressupostos dos artigos 9º, 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72.

Neste caso, entende o Julgador da DRJ pela competência para apreciar recursos contra ato de não-homologação, o que não alcança providências posteriores à sua liquidação, concernentes à cobrança ou suspensão do débito compensado.

A Recorrente pugnou em peça recursal pela declaração de competência da DRJ de Belo Horizonte/MG para julgamento da defesa, uma vez que a Reclamação foi interposta contra decisão que não homologou o pedido de compensação, com intimação para cobrança dos débitos informados em PERD/COMP, resultando no atendimento aos pressupostos para apreciação.

Com relação à preliminar suscitada em defesa, deixo de apreciar o argumento sobre nulidade da decisão recorrida, o que faço em razão dos fundamentos que serão abordados no mérito.

Mérito**Prescrição**

A Recorrente invoca igualmente a aplicação do artigo 174 do Código Tributário Nacional, pugnando pela extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso V do mesmo Diploma Legal, uma vez que o pedido de compensação junto a Receita não tem o condão de suspender o prazo prescricional.

Na análise sobre a incidência do instituto da prescrição deve ser aplicada a previsão do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002, insurgindo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, por sua vez, a suspensão do prazo prescricional para cobrança do débito informado em declaração de compensação, nos termos previstos pelo artigo 151, inciso III, cumulado com artigo 174, ambos do Código Tributário Nacional.

Por este motivo, voto no sentido de afastar a prescrição invocada em Recurso Voluntário.

Aplicação da Lei nº 9.718/1998.

A Recorrente igualmente fundamentou pela inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718/1998, declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento do RE-AgR nº 356280/PR, argumentando que deve ser aplicada a regra do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.346/97.

A 1ª Turma da DRJ de Belo Horizonte negou a homologação do Pedido de Compensação por concluir pela ausência de repercussão geral da decisão do Supremo Tribunal Federal, finalizando a decisão recorrida com a seguinte informação:

Conseqüentemente, o acolhimento de sua pretensão resta condicionado a que as mencionadas decisões do STF venham a ter seus efeitos estendidos para os contribuintes que não são partes nas ações em que foram proferidas. Essa ampliação ou extensão depende de atos do Senado Federal ou do Presidente da República, ou ainda de ato do Secretário da Receita Federal do Brasil, conforme artigos retro transcritos. No entanto, tais atos não existem e, assim, não existe base legal que permita o reconhecimento administrativo do direito creditório pleiteado. (sem destaque no original)

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º a Lei nº 9.718/1998 através do julgamento do RE nº 585.235 (TEMA 110), conforme Ementa abaixo descrita:

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. (RE-RG-QO 585235, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, publicado em 28/11/2008)

Importa observar que o julgamento proferido pelo STF em repercussão geral ocorreu em data de 10/09/2008, com publicação do Acórdão em 28/11/2008 e trânsito em julgado em 12/12/2008, sendo que o julgamento da Reclamação pela 1ª Turma da DRJ/BHE ocorreu em 10/11/2008. Ao que pese a proximidade de tais datas, no momento em que foi proferida a decisão *a quo* já havia a decisão do STF por atribuir repercussão geral ao RE nº 585235.

Deveria a autoridade julgadora *a quo* aplicar o artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997, afastando o § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e, por sua vez, reconhecer o direito ao crédito informado em Declaração de Compensação ou, no mínimo, suspender o julgamento até trânsito em julgado e confirmação da repercussão geral que naquele momento já estava decidida.

Por sua vez, este Tribunal Administrativo reconhece a aplicação do Tema 110 do STF. Neste caso, incide o artigo 62, § 2 do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, que assim dispõe:

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 do s 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)

Neste sentido, colaciona-se precedente da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em julgamento ao Recurso Especial nº 137.866 (PAF: 13808.005507/2001-03):

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/08/1998, 01/11/1998 a 30/11/1998, 01/01/1999 a 31/01/1999, 01/06/1999 a 30/06/1999, 01/08/1999 a 31/08/1999, 01/05/2000 a 31/08/2000, 01/01/2001 a 28/02/2001

Ementa:

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. DECISÃO DEFINITIVA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, através do seu órgão plenário, já se posicionou de forma definitiva quanto à inconstitucionalidade do disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, com a reafirmação da sua jurisprudência, no julgamento do RE nº

582.235/MG, reconhecido como de repercussão geral, tendo se deliberado, ainda, neste caso, pela edição de súmula vinculante.

APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 4º DO DECRETO Nº 2.346/1997 E DO ARTIGO 62 DO RICARF.

Nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/1997, 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. Recurso Especial do Procurador Negado (Acórdão nº 9303002.859 – 3ª Turma)

Por sua vez, importante observar que a Contribuinte instruiu o pedido com as DARF's correspondentes, procuração, declaração sobre o objeto do pedido, cartão CNPJ, documentos de identificação dos sócios proprietários, contrato social e alterações, Balanço Patrimonial e Demonstrativo de Resultados do Exercício referentes ao período de 31/12/1992 a 31/12/2000, Balancete em 30/06/2001, bem como DIPJ - Exercícios 2000 e 2001, como pode ser constatado às fls. 12 a 206 do processo eletrônico.

Outrossim, em nenhum momento foi colocado em dúvida a prova material (recolhimentos efetuados) trazida aos autos com relação aos pagamentos indicados como recolhidos a maior, tampouco sobre a comprovação dos valores demonstrados em planilha de fls 4.

Portanto, diante da comprovação nos autos do recolhimento realizado sobre a base de cálculo apurada com fulcro em dispositivo de lei declarado inconstitucional, deve ser aplicada a decisão judicial, resultando em necessário retorno à Unidade de Origem para análise e apuração de tais créditos.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço o Recurso Voluntário e julgo PARCIALMENTE PROVIDO para que, afastado o fundamento da decisão recorrida quanto à inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718/1998, o processo retorne à Unidade de Origem para apurar o *quantum* e eventual direito creditório da Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos

