



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

Processo nº 10835.903421/2009-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3801-002.198 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 23 de outubro de 2013
Matéria COFINS
Recorrente AUTOESTE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 28/02/2002

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9.718/1998

Nos termos já sedimentados pelo Supremo Tribunal Federal, não devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS as receitas não operacionais.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Flávio De Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes (Presidente), Jose Luiz Feistauer de Oliveira, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antonio Borges e Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos:

“Trata-se de Manifestação de Inconformidade interposta em face do Despacho Decisório, em que foi apreciada a Declaração de Compensação (PER/DCOMP). O valor do indébito com o qual a contribuinte declarou a compensação, objeto deste processo, seria originário de pagamento indevido ou a maior de COFINS, relativo ao fato gerador de 28/02/2002.

Por intermédio do despacho decisório de fl. 6, não foi reconhecido qualquer direito creditório a favor da contribuinte e, por conseguinte, não homologada a compensação declarada no presente processo, ao fundamento de que o pagamento informado como origem do crédito foi integralmente utilizado para quitação de débitos da contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP. O DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais) foi alocado para o débito declarado conforme Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) apresentada pela própria contribuinte.

Irresignada, interpôs a contribuinte manifestação de inconformidade de fls. 09/23, na qual alega, em síntese, que:

I. A contribuinte auferiu na competência em questão receitas constituídas de valores outros que não a venda de veículos e serviços correlatos (oficina mecânica e outros que compõe o objeto social da empresa), receitas essas que juridicamente não estavam sujeitas à incidência de PIS e Cofins, dada a irregularidade do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que fixou um novo conceito de faturamento para fins de incidência de PIS e Cofins;

II. A lei ordinária, ao fixar novo conceito de faturamento, abrangendo todas as receitas auferidas pela empresa, sem qualquer distinção, acabou por imiscuir-se em matéria privativa de lei complementar (majoração de base de cálculo) criando uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social;

III. O dispositivo em questão é inconstitucional, pois fere o art. 146 e 195 da Constituição Federal, além de violar o art. 110 do Código Tributário Nacional, alterando o alcance a definição de institutos, conceitos e formas do direito privado;

IV. De acordo com a doutrina, faturamento é uma espécie de receita, qualificada como ingresso patrimonial decorrente de operações mercantis de venda de mercadorias e serviços. Sendo o faturamento uma espécie de receita, forçoso concluir que o

primeiro, dada a qualificação, não abrange a segunda, razão pela qual é conceito jurídico limitado e assim deve ser interpretado pelo jurista;

V. O Supremo Tribunal Federal, por seu pleno, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, ao julgar os RREE 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, por entender que a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal;

VI. Demonstrada a ilegitimidade da cobrança do PIS e da Cofins sobre as receitas não provenientes de venda de mercadorias ou da prestação de serviços no período que se cuida, não há razão para se considerar inexistente o crédito apontado na PER/DCOMP;

VII. Ao final, requereu que seja dado provimento à presente manifestação de inconformidade a fim de que se reconheça a existência do direito ao crédito e conseqüentemente à compensação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP), às fls. 35/37, julgou improcedente a manifestação de inconformidade com base na seguinte ementa:

CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em Recurso Extraordinário, não possui efeito erga omnes.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

A partir de fevereiro de 1999, a base de cálculo da Cofins passou a ser a totalidade das receitas auferidas pela empresa subtraída de algumas exclusões previstas em lei.

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e a existência do crédito que alega possuir junto à Fazenda Nacional para que sejam aferidas sua liquidez e certeza pela autoridade administrativa.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Apenas os créditos líquidos e certos são passíveis de compensação tributária, conforme artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 41 a 64, no qual, na essência, apresenta as seguintes alegações :

- *Conforme demonstram os julgados transcritos, não só o STF já consolidou a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em questão, como os demais tribunais nacionais assim o fizeram;*
- *Deste modo, considerando especialmente os termos do artigo 1º do Decreto nº 2.346/97, sendo certo que a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 foi inequivocamente declarada pelo STF, é de se reconhecer o direito creditório da recorrente;*
- *Quanto à comprovação documental do crédito, argumenta que efetuou tal prova por meio do registro e indicação do crédito na PER/DCOMP (comprovante de pagamento – DARF);*
- *Além disso, a falta de comprovação não foi o motivo da não homologação, e sim considerar que a recorrente não possuía o direito creditório;*
- *Por fim, argumenta-se que a comprovação é facilmente extraída do cruzamento das DCTF com as DIPJ, que demonstram os montantes a que a empresa faz jus.*

Em julgamento realizado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, através de resolução exarada, entendeu-se por bem converter o julgamento em diligência a fim de:

1. *Verificar se o contribuinte possui ação judicial relativa à Lei nº 9.718/98;*
2. *Apurar a base de cálculo da Cofins devida pela recorrente no PA fevereiro/2002 e a contribuição correspondente, considerando o disposto na LC nº 70/91;*
3. *Intimar a recorrente do resultado do item acima para, se assim desejar, apresentar complementação ao recurso voluntário interposto, relativamente à diligência realizada, no prazo de trinta dias de sua ciência;*
4. *Retornar o processo a este CARF para julgamento.*

Realizada a diligência, a fiscalização, após intimar o contribuinte a apresentar documentação comprobatória dos créditos declarados, demonstrou que, considerando que as receitas operacionais não podem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, de fato, existem créditos do contribuinte que são passíveis de compensação.

Em apuração realizada, a fiscalização demonstrou, de forma detalhada, os aludidos créditos.

Intimado sobre as conclusões da fiscalização, o Recorrente não se manifestou. Assim, os autos foram remetidos para julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele toma-se conhecimento.

A questão posta em discussão cinge-se ao direito ao crédito de PIS e COFINS pagos com base no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 9.718/98, conversão da Medida Provisória nº 1.724/98, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, definindo-o no §1º do art. 3º como "receita bruta" da pessoa jurídica, e esta seria "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".

Ocorre, todavia, que o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98.

Os aludidos acórdãos foram assim ementados:

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. Sobrepõe-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.

No mais, o STF, no julgamento do RE nº 585.235, publicado no DJ nº 227 do dia 28/11/2008, julgado no qual havia sido aplicada a repercussão geral da matéria em exame, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Segue a ementa, *in verbis*:

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.

Neste sentido, entendo estarmos diante da hipótese prevista no artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministro da Fazenda, com alterações das Portarias 446/2009 e 586/2010, que dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, conforme colacionado acima.

Outrossim, o Decreto nº 70.235/72, que rege o processo fiscal, estabelece:

*“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**

(...)

*§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;**

(...)”

**Nova redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009*

Conclui-se, assim, ser improcedente a exigência do PIS e da COFINS sobre as receitas não operacionais, nos termos dos conceitos já firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, deve ser reconhecido o direito creditório do Recorrente no limite dos créditos apontados pela fiscalização, que foram levantados de acordo com a análise dos documentos e escriturações fiscais do contribuinte.

Ressalte-se que, como relatado acima, não houve oposição do Recorrente com relação aos valores levantados, mesmo tendo sido expressamente intimado a se manifestar.

Processo nº 10835.903421/2009-71
Acórdão n.º **3801-002.198**

S3-TE01
Fl. 318

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário, para reconhecer o direito creditório pleiteado e homologar as compensações até o limite dos valores levantados pela autoridade fiscal.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges