



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

Processo n° 10835.903425/2009-50
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3801-002.021 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 20 de agosto de 2013
Matéria COFINS
Recorrente AUTOTESTE VEICULOS E PEÇAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/11/2002

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 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, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Flavio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel - Relator.

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

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ-Ribeirão Preto/SP, abaixo transcrito:

“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 30/11/2002.

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. 11/26, na qual alega, em síntese, que:

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;

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

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;

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;

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;

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;

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.”

Analisando o litígio, a DRJ Ribeirão Preto/SP considerou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada (fls. 35 a 37), conforme ementas abaixo transcritas:

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.

No recurso voluntário apresentado tempestivamente, a empresa traz as seguintes alegações, em resumo:

- 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 em discussão 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;

Realizada a diligência, a fiscalização, após intimar o contribuinte a apresentar documentação comprobatória dos créditos declarados, demonstrou que, considerando que as receitas não operacionais não podem compor a base de cálculo 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 a se manifestar sobre as conclusões da fiscalização, o Recorrente manteve-se silente. Assim, os autos foram remetidos para julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel

O Recurso é tempestivo e preenche os requisitos para sua admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Ao não reconhecer o direito creditório do contribuinte, a fiscalização considerou a COFINS sendo incidente sobre parcela da receita bruta.

Ocorre que o § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, que dava embasamento ao Fisco para proceder a glosa efetuada, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Fato é 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.

Em outra oportunidade, a Excelsa Corte (STF), por unanimidade, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 585235, DJ nº 227 do dia 28/11/2008, reconheceu a existência de repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme decisão transcrita abaixo:

O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. (...)(grifou-se)

O acórdão proferido no referido recurso extraordinário, DJ 28-11-2008, teve a seguinte 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 AURELIO, 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.

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*

Destarte, as autoridades administrativas têm que se submeter ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e, de fato, observar o posicionamento da Corte Suprema.

Neste sentido, alterou-se o 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. O artigo 62-A dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

Art. 62-A. 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. {} (...)*

{} alterações introduzida pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de 22.12.2010 (grifou-se)*

Conclui-se, assim, independentemente de o contribuinte ter ação judicial sobre o tema, ser improcedente a exigência 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 10835.903425/2009-50
Acórdão n.º **3801-002.021**

S3-TE01
Fl. 17

Por tudo, voto pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário apresentado para reconhecer o direito creditório do contribuinte no valor de R\$ 457,04 e homologando-se a compensação até o limite do crédito.

(assinado digitalmente)

Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel - Relator