



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

Processo nº 10840.901123/2009-78
Recurso nº 871384
Despacho nº **3801-000.093 – Turma Especial / 1ª Turma Especial**
Data 02/03/2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente VIRÁLCOOL - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a Delegacia de origem:

- a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
- b) apure a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins com base na escrituração fiscal e contábil, período de apuração de 31/07/2001, segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza;
- c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.

(assinado digitalmente)
Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Arno Jerke Junior, Andreia Dantas Lacerda Moneta, José Luiz Bordignon e Maria Adelaide Carreiro Gonçalves de Aquino.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos, em razão do princípio da economia processual:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra não homologação de compensação declarada por meio eletrônico (PER/DCOMP), relativamente a um crédito de Cofins, que teria sido recolhida a maior no período de apuração de 31/07/2001.

A DRF de Ribeirão Preto, SP, por meio de despacho decisório de fl. 4, não homologou a compensação declarada, porque o pagamento a maior ou indevido indicado no PER/Dcomp, foi integralmente utilizado na quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DComp.

A interessada ingressou com manifestação de inconformidade, alegando, em síntese, que:

I. A totalidade do crédito apurado pelo contribuinte e declarado como compensado via PER/DCOMP advém do indevido recolhimento da Cofins sobre receitas operacionais e financeiras, inseridas na base de cálculo desta contribuição.

II. É do domínio público que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 proclamando 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.

III. Assim, uma vez afastado o dispositivo que ampliara a base de cálculo da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins, tem-se por ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Apresentou a cópia do balancete analítico para comprovar a alegação de recolhimento indevido sobre receitas operacionais e financeiras. Salientou que se a autoridade julgadora entender necessário a realização de perícia contábil os documentos contábeis da empresa estarão à disposição da fiscalização e pediu que seja homologada a compensação realizada e declarado extinto o crédito tributário efetivamente compensado. Solicitou ainda que nas intimações e notificações conste o nome do advogado da empresa.

A DRJ em Ribeirão Preto (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, fls. 103 e 104, nos termos da ementa abaixo transcrita:

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A perícia somente se justifica quando o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do

Julgador ou a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes.

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DECISÕES DO STF PROFERIDAS INCIDENTALMENTE.

A Lei nº 9.718, de 1998, constitui norma legal regularmente editada segundo o processo legislativo estabelecido, tem presunção de legitimidade e vige enquanto não for afastada do sistema jurídico brasileiro. Decisões do STF, acerca do alargamento da base de cálculo da Cofins, proferidas incidentalmente beneficiam apenas as partes das respectivas ações: não possuem efeito erga omnes.

INTIMAÇÃO EM NOME DO ADVOGADO.

Dada a existência de determinação legal expressa no sentido de que as intimações sejam endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, fls. 107 a 128, instruído com os documentos de fls. 129 a 131. Em síntese, apresentou as mesmas alegações suscitadas na manifestação de inconformidade, acrescentando basicamente que:

Preliminar:

Da nulidade da decisão recorrida. devido ao cerceamento do direito de defesa da recorrente

- produziu a seu favor forte provas materiais, aptas a comprovarem que o indébito tributário, alvo de pedido de compensação, via PER/DCOMP, foi oriundo da incidência e recolhimento indevidos da contribuição "COFINS" sobre receitas não operacionais/ financeiras, que jamais podem compor a base de cálculo da COFINS;*
- a Autoridade Julgadora a quo indeferiu o pedido de perícia contábil, sob o ledto fundamento de que a sua produção, nestes autos não se justifica;*
- e, a r. decisão de primeira instância administrativa é nula de pleno direito, em função do cerceamento ao direito de defesa da Recorrente;*
- a Recorrente produziu a seu favor forte indício de prova material, mediante a juntada de DARF, DCTF, DIPJ e extrato de seu balancete, todos aptos e necessários para comprovar a indevida incidência e recolhimento da COFINS sobre receitas não operacionais e financeira;*
- que a prova pericial era indispensável na vertente demanda administrativa, uma vez que o contribuinte apresentou mais de 40 PER/DCOMP's, tornando-se impraticável a juntada da cópia dos livros fiscais Razão e Diário em todos os procedimentos administrativos, ao passo que, em razão das alegações do contribuinte e das provas pré-constituídas por este, já existiam indícios suficientes e necessários para que fosse demandada a perícia contábil ao Fisco, pelo Órgão Julgador Administrativo;*

- a r. decisão administrativa de primeira instância é nula de pleno direito, por cerceamento ao direito de defesa da Recorrente, já que negou o pedido de perícia contábil expressamente formulado, e ainda, impôs que os documentos carreados não conferem prova suficiente do direito alegado.

Da conversão do julgamento em diligência

- seja verificada a conformidade do crédito apurado pelo Contribuinte, ora Recorrente, nada justifica a não homologação dos créditos apropriados e compensados, sendo imperiosa a determinação, portanto, por essa Egrégia Turma Julgadora, a conversão do presente processo em diligência para o fim da verificação e confirmação da exatidão dos créditos da COFINS, quais a Recorrente efetivamente possui;

- a Recorrente reitera que todos os seus documentos contábeis estão à disposição, e requer a conversão do julgamento em diligência, para que seja produzida prova pericial pelo Fisco, no intuito de se perfilar o correto cotejo dos livros fiscais Razão e Diário estabelecidos e regularmente preenchidos pela Recorrente, para o fim da verificação e confirmação da exatidão dos créditos da COFINS, indevidamente recolhidos pela Recorrente sobre a base de cálculo "receitas não operacionais e financeiras".

Mérito

- a questão jurídica em torno da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, teve sua repercussão geral reconhecida pelo plenário do STF, que em Sessão de 10.09.2008, ao julgar questão de ordem no RE 585.235/MG, reafirmou a inconstitucionalidade do susodito dispositivo legal, e ainda, aprovou proposta de edição de Súmula Vinculante sobre o tema, como se denota pelo excerto colacionado ao recurso;

- seguindo o paradigma proferido pelo STF, a jurisprudência do então designado Segundo Conselho de Contribuintes, ao enfatizar os efeitos da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS pelo artigo 3º da Lei nº 9.718/98, é uníssona ao dispor que a decisão plenária definitiva do STF deve ser estendida aos julgamentos efetuados pelo Conselho, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas financeiras;

- ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é facultado declarar a inconstitucionalidade de lei regularmente editada, entretanto, não constitui declaração de inconstitucionalidade a extensão dos efeitos de decisão do plenário do excelso STF, por corresponder à última decisão que a matéria pode obter em qualquer instância;

- prosseguimento desta demanda administrativa, por anos a fio, pela simples resistência da autoridade julgadora administrativa em reconhecer o entendimento uníssono do STF sobre a questão atinente à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS, conferida pelo § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, efetivamente, macula os princípios norteadores da atividade administrativa, dentre

Processo nº 10840.901123/2009-78
Despacho n.º **3801-000.093**

S3-TE01
Fl. 139

os quais merecem destaque os princípios da legalidade, finalidade, economia, moralidade, eficiência e razoabilidade.

Por fim requereu:

- preliminarmente, que fosse declarada a nulidade da r. decisão administrativa de primeira instância, por cerceamento ao direito de defesa e a conversão do julgamento em diligência;

- no mérito, que fosse julgado procedente seu recurso;

- que fosse intimada do julgamento para apresentar sustentação oral perante este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Voto

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

Tenha-se presente que 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.

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 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.

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, são inúteis e desnecessárias eventuais discussões de outras teses sobre o conceito de faturamento. As autoridades administrativas têm que se submeter ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e, de fato, atribuir eficácia em relação ao mérito.

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)*

Além do mais, em consonância com o entendimento da Excelsa Corte, a Lei nº 11.941/09 revogou expressamente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Com efeito, é incontroverso o bom direito da recorrente, visto que esse litígio administrativo tem como objeto principal a restituição parcial de contribuição paga a maior com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Excelso STF (alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins).

Em que pese o direito da interessada, do exame dos elementos comprobatórios, constata-se que, no caso vertente, os documentos apresentados são insuficientes para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins e eventuais pagamentos a maior.

Por pertinente, transcreve-se o seguinte excerto do voto proferido no acórdão da DRJ:

*(...) para comprovar que a totalidade do crédito compensado via PER/Dcomp neste processo advém do indevido recolhimento da Cotins sobre receitas operacionais e financeiras, o contribuinte **inseriu no processo um simples extrato de balancete mensal (fl. 92). Esse documento, por si só, desacompanhado dos livros fiscais Razão e Diário estabelecidos e regularmente preenchidos na forma da lei, não representaria, em nenhuma hipótese, prova hábil suficiente para reconhecimento de direito creditório. (grifou-se)***

Por outro lado, é notório que boa parte dos contribuintes recorreu ao Poder Judiciário em relação ao alargamento da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, o que implica, em tese, na renúncia à esfera administrativa.

Ante ao exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência para que a Delegacia de origem:

- a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
- b) apure a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins com base na escrituração fiscal e contábil, período de apuração de 31/07/2001, segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.
- c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.

Após a conclusão da diligência, retornar o processo a este CARF para julgamento.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator