



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

**Processo nº** 10850.000071/2007-30  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **3801-000.817 – 1ª Turma Especial**  
**Data** 18 de setembro de 2014  
**Assunto** Solicitação de Diligência  
**Recorrente** RODOBENS COMUNICACAO EMPRESARIAL LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

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

## Relatório

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

*O processo epigrafado foi inaugurado para recepcionar formulário de pedido de restituição (fl. 01), protocolado em 19/12/2006, no valor de R\$ 655,26. A interessada consignou a seguinte expressão no campo destinado à informação do motivo do pedido:*

*Trata-se de pedido de restituição da Cofins (ou pis conforme o caso), indevidamente "recolhida" nos termos da Lei n. 9718/98, na parte que foi julgada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, isto é, sobre receitas que não se enquadram no conceito de faturamento. Tais valores foram quitados por meio de compensação, conforme a cópia anexa (doe. 1), razão pela qual os pedidos não puderam ser apresentados eletronicamente, já que o programa PER/DCOMP não possui campos para tanto. No entanto, sendo indevidos os "recolhimentos", é inegável a possibilidade de restituição. Diante disso, é aplicável ao presente caso o arl. 3º, parágrafo I", da Instrução Normativa SRF n. 600, de 28.12.2006, que admite a apresentação de pedido em formulário de papel, na impossibilidade de envio de pedido eletrônico de restituição.*

*Anexou ao pedido formulário de Declaração de Compensação - DCOMP (fl. 03) de débitos de PIS (6912) e Cofins (2172), apurados no período 04/2003, no montante total de R\$ 5.567,96, com suporte em crédito tratado no processo nº 10850.002926/2002-52.*

*Por meio do Despacho Decisório de fls. 31/33, a DRF São José do Rio Preto decidiu indeferir o pedido de restituição, nos termos da seguinte ementa:*

**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.**

*Pagamento efetuado através de compensação da COFINS apurada em 30.04.2003 com base em Lei declarada inconstitucional.*

*Compete privativamente ao Senado Federal (Ari. 52, Inciso X da Carta Magna), suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

*A declaração de inconstitucionalidade do Art. 3º, § I da Lei nº 9.718/98 (RE nº 346.084) teve como beneficiária empresa diversa, cuja decisão produz efeitos inter partes, cabendo ao Senado Federal a suspensão do dispositivo citado para que produza efeitos erga omnes.*

*INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO.*

*Comprovada a inexistência do crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior.*

*DIREITO CREDITÓRIO NÃO RECONHECIDO.*

*Entendo ser oportuno transcrever excertos da decisão em referência:*

*(...)*

3. *Às fls. 23 a 26 e 30, pelas pesquisas efetuadas, consta que o valor do crédito utilizado para compensação do débito não foi suficiente, estando o valor em aberto, como saldo devedor, não tendo portanto direito à restituição pleiteada de um valor que foi considerado não liquidado.*

4. *Da mesma forma, verificamos que o valor do débito declarado corresponde ao mesmo valor apurado na DIPJ/2004 defl. 29 e que corresponde ao percentual de 3% (três por cento) sobre a base de cálculo apurada após efetuadas as exclusões permitidas.*

*(...)*

7. *Portanto, o que pleiteia o contribuinte a título de restituição, não se enquadra no contexto da norma que trata das hipóteses pertinentes à cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido, que se pode restituir conforme preceitua o inciso I, do artigo 2º da Instrução Normativa nº 600, de 28 de dezembro de 2005. Eis que, o pagamento da contribuição (COFINS), ora pleiteado como restituível, decorreu de exigência estabelecida pela Lei nº 9.718/1998, cuja obediência se curvou, espontaneamente, o contribuinte.*

8. *Ainda, com relação as exclusões a que se refere o interessado, verificamos que no seu pedido não consta nenhuma informação ou documentação comprobatória que demonstre ou que possibilite a apreciação dos valores apontados do seu crédito, conforme estabelece o § 1º do artigo 3º da IN/SRF nº 600/2005, conforme texto acima.*

9. *Com relação à alegação da interessada de que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 (RE nº 346.084), cabe ressaltar que o referido recurso foi provido por empresa diversa, tratando-se de decisão que produz efeitos inter partes ....*

*A interessada foi cientificada da decisão por meio de correspondência recebida em seu domicílio tributário em 20/08/2010 (fl. 35/43).*

*Em 20/09/2010 a contribuinte ingressou com manifestação de inconformidade conforme peça de fls. 36/43, por meio da qual aduziu, em síntese, que:*

a) *a questão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins já é matéria absolutamente pacificada na Corte Suprema, por decisão definitiva da sessão plenária, exarada por ocasião do julgamento do RE n. 390840/MG, em 09/11/2005, conforme*

*ementa também colacionada. Referida matéria "já foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral e será objeto de súmula vinculante, como pode ser observado pela leitura do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no RE nº 585.235, de 10.9.2008", também transcrito;*

*b) a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes também já vem se posicionando no sentido de acatar a decisão do STF acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, como se observa nos diversos julgados e ementas citados e transcritos no recurso;*

*c) "ademais, o inciso I do parágrafo 6º do art. 26-A, incluído no Decreto nº 70235, de 6.3.1972, pela Lei n. 11941, de 27.5.2009, determina que, nos casos de lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, os órgãos de julgamento da administração fiscal federal devem afastar sua aplicação consoante o entendimento exarado na decisão". Referida disposição regulamentar está inserida no Regulamento do CARF;*

*d) assim sendo, "na base de cálculo da Cofins somente deveriam ter sido incluídos pela requerente os valores correspondentes ao seu faturamento, ou seja, os ingressos que correspondessem às suas receitas das vendas de mercadorias e da prestação de serviços";*

*e) "no caso específico deste processo, a requerente pleiteia a restituição dos valores pagos a título daquela contribuição, que foram calculados sobre receitas que não integram o seu faturamento, razão pela qual não são alcançadas pela hipótese de incidência da mencionada contribuição\*".. Do montante total apurado de Cofins no PA 04/2003 (igual ao montante de R\$ 5.733,42), "R\$ 655,26 correspondem à COFINS calculada sobre receitas que não estão inseridas no faturamento da requerente, e que podem ser comprovadas pela análise da cópia do balancete da requerente (doe. 2)".*

*Concluiu pedindo pelo reconhecimento do direito à restituição pleiteada.*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade com base na seguinte ementa:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Data do fato gerador: 15/05/2003*

*MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.*

*Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a decisão que se fundamentou em matéria que não tenha sido expressamente contestada.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Data do fato gerador: 15/05/2003*

*INDÉBITO DE COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. RESTITUIÇÃO. EXTINÇÃO DO DÉBITO. CONDIÇÃO.*

Processo nº 10850.000071/2007-30  
Resolução nº **3801-000.817**

**S3-TE01**  
Fl. 203

---

*É de se indeferir pedido de restituição de indébito de Cofins relativo ao alargamento da base de cálculo não extinto por pagamento ou compensação.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido*

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho repisando, na essência, as razões apresentadas na Manifestação de Inconformidade e alegando ainda que não entende como preclusa a matéria assim qualificada pela DRJ visto que não se trata de matéria em discussão no presente processo e sim no processo 10850.002926/2002-52, que trata da compensação do débito da COFINS relativo ao período de abril de 2003, objeto do presente pedido de restituição, constituindo-se numa autêntica questão prejudicial externa.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges

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

A recorrente sustenta que o seu direito creditório decorre de valores de COFINS pagos com base no art. 3º, § 1, da Lei nº 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Analisando-se essa questão de mérito, entendo que assiste razão à recorrente, senão vejamos:

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 a receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Todavia, o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS e da Cofins, no julgamento dos RE 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, conforme ementa abaixo:

*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. (STF, RE 390.840, j. em 09/11/2005)*

Destaque-se que o STF, no julgamento do RE nº 585.235, publicado no DJE nº 227 do dia 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional e reafirmou a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 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.

*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*

No mais, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 11.941 de 27/05/2009 e o artigo 62 do RICARF, estabelecem estar 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, com exceção dos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, no que também se amolda o presente caso.

Desta forma, deve ser reconhecido o direito creditório do Recorrente caso exista, em seu favor, crédito oriundo de recolhimentos efetuados a título de COFINS na forma da Lei nº 9.718/98, excluindo-se da sua base de cálculo as receitas não compreendidas no conceito de faturamento nos moldes da Lei Complementar nº 70/91, nos termos dos conceitos já firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, no caso vertente a recorrente informa que parte do indébito no qual se lastreia o crédito nele pleiteado não foi realizado por meio de recolhimento com guia DARF, mas através de compensação, formalizada por meio da declaração de compensação controlada no processo administrativo n. 10850.002926/2002-52, colacionando cópia do formulário da declaração de compensação e DCTF onde constam o débito compensado.

Não obstante a compensação declarada extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, necessário se faz a verificação da liquidez e certeza do crédito a ser restituído ou compensado, nos termos do artigo 170 do CTN.

Conforme consta no Despacho Decisório e na documentação acostada aos autos, no processo administrativo n. 10850.002926/2002-52 o direito creditório foi deferido parcialmente e as compensações homologadas até o limite do crédito deferido, não sendo suficiente para compensação do débito informado no presente processo, ficando o valor em aberto, como saldo devedor.

Ao não homologar aquela compensação, a autoridade administrativa retira, com esse ato, a validade de uma compensação que existiu e produziu efeitos.

Todavia a recorrente apresentou manifestação de inconformidade, que foi julgada improcedente pela autoridade julgadora de 1ª Instância e atualmente o processo n. 10850.002926/2002-52 está aguardando julgamento de recurso voluntário no CARF, estando, conseqüentemente, os débitos compensados com a sua exigibilidade suspensa.

Feitas essas considerações, acompanho o entendimento da recorrente de que a matéria tratada no Pedido de Restituição e declarações de compensação, objeto do processo nº 10850.002926/2002-52, é questão prejudicial que interfere no julgamento da lide e na prestação e eficácia jurisdicional em relação à questão objeto do presente Pedido de Restituição.

Para que se possa verificar se houve a extinção do crédito tributário e o atendimento aos pressupostos de certeza e a liquidez do crédito pleiteado, que possam ensejar a repetição do indébito, mostra-se necessário sobrestar o julgamento do presente recurso voluntário, motivo pelo qual o presente voto é no sentido de converter o julgamento em diligência e remeter os autos deste processo à Delegacia de origem para que:

a) aguarde o encerramento do contencioso administrativo no âmbito do processo administrativo nº 10850.002926/2002-52 e após a liquidação da decisão definitiva informe qual a situação do débito compensado relativo a Cofins (2172), apurado no período 04/2003;

b) cientifique a interessada quanto ao resultado da diligência para, desejando, manifestar-se no prazo de 30(trinta) dias.

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

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges