ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10850.722388/2011-15

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

Processo nº	10850.722388/2011-15
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3301-003.633 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	24 de maio de 2017
Matéria	Restituição. Direito creditório comprovado.
Recorrente	GREEN STAR - PEÇAS E VEÍCULOS LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/09/2002

RESTITUIÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO PARCIALMENTE COMPROVADO.

Uma vez confirmada pela fiscalização em diligência a existência parcial do direito creditório, este há de ser reconhecido, no limite no crédito identificado.

Recurso Voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, à unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto do Couto Chagas - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Henrique Mauri, Marcelo Costa Marques d´Oliveira, Marcos Roberto da Silva, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Relatora), Antônio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Semíramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Luiz Augusto do Couto Chagas (Presidente).

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório constante da decisão recorrida (fl. 142 dos autos):

> Trata o presente processo de Pedido de Restituição de créditos de Cofins, referentes a pagamento efetuado indevidamente ou ao maior no período de apuração setembro de 2002, no valor de R$ 3.344,37.
>
> O pedido foi transmitido através do PER nº **38979.57407.160807.1.2.04-0345**, fls. 3/5, em 16/08/2007.
>
> Posteriormente, o recorrente apresentou a Declaração de Compensação – Dcomp – nº 31122.78871.181108.1.3.04-0332, retificada pela Dcomp nº 21186.74118.110411.1.7.04-1319, utilizando os mesmos créditos objeto do mencionado PER.
>
> O despacho decisório de fls. 18/21, indeferiu o pedido de restituição e não homologou a Dcomp, pois o pagamento indicado no PER teria sido integralmente utilizado para quitar débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição. O despacho propôs ainda a lavratura de auto de infração, para exigir a multa isolada de 50%, conforme o § 17 c/c o § 15, do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, sobre o montante cuja compensação não foi homologada.
>
> O despacho foi encaminhado para ciência do contribuinte, conforme comprovante constante à fl. 23.
>
> Irresignado, o recorrente apresentou, tempestivamente, a manifestação de inconformidade de fls. 26/35, para alegar que:
>
> I. O Despacho Decisório não teria examinado o motivo real do recolhimento a maior, por não ter aventado a possibilidade de que tal pagamento seria devido à ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins de que trata a Lei nº 9.718/98; dessa forma, deveria ser reformado, em desrespeito ao artigo 65 da IN RFB nº 900/2008, e ao artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN;
>
> II. O pagamento indevido, objeto da restituição, seria devido à inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que trata da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins; a discussão de tal matéria estaria superada pelo STF, pois já teria sido aplicada a repercussão geral no RE nº 585.235, de 10/09/2008;
>
> III. Outra prova da pacificação de tal entendimento seria a edição da Lei nº 11.941/2009, que teria revogado o parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98;
>
> IV. O entendimento do STF deveria ser aplicado às decisões administrativas, conforme os seguintes dispositivos: inciso I do parágrafo 6º, do artigo 26-A, do Decreto nº 72.235/72 – PAF; inciso I, do artigo 59, do Decreto n° 7.574/2011; inciso I, parágrafo 1º, do artigo 62 e caput do artigo 62-A., ambos do RICARF;

Argumentou que na base de cálculo do PIS e da Cofins deveriam ser incluídos os valores correspondentes apenas às receitas de vendas de mercadorias e serviços.

Solicitou comprovar as alegações através da realização de diligência, perícia e juntada de documentos.

Requereu ainda a reunião destes autos com o processo nº 10850.721795/2012-88, o qual havia exigido a multa isolada sobre o montante cuja compensação foi não homologada.

Concluiu, requerendo o reconhecimento do direito à restituição e a homologação da Dcomp. Caso o direito creditório não fosse reconhecido, propôs o cancelamento da multa de mora de 20%.

Apensou planilha e balancete contendo as receitas financeiras da empresa (fls. 59/63).

Ao analisar o caso, a DRJ em Ribeirão Preto (SP), em decisão datada de 20/08/2013, entendeu por julgar improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos da ementa a seguir transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do Fato Gerador: 30/09/2002

AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, não gera efeitos erga omnes, sendo incabível sua aplicação a contribuintes que não façam parte da respectiva ação.

RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE SALDO A RESTITUIR.

Verificado que o crédito pleiteado foi totalmente utilizado, em momento anterior, para quitação de débitos declarados em DCTF, resta impossibilitada, por falta de saldo, a restituição.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 30/09/2002

PEDIDO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Direito Creditório Não Reconhecido.

O contribuinte foi intimado do conteúdo desta decisão em 16/09/2013, e, insatisfeito com o seu conteúdo, interpôs Recurso Voluntário em 16/10/2013.

Este Conselho, então, através da Resolução nº 3801-000.677, entendeu por converter o julgamento em diligência, para que a Delegacia de origem apurasse a composição da base de cálculo da COFINS com base na documentação apresentada e na escrita fiscal e contábil do contribuinte, relativa aos períodos de apuração apontados nos pedidos de restituição, e a correção dos valores a restituir inicialmente pleiteados, correspondentes à indevida ampliação da base de cálculo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Em atendimento à referida resolução, foi elaborada a informação fiscal de fls. 270 e seguintes dos autos, através da qual a fiscalização propôs o reconhecimento do direito creditório pleiteado no valor de R$ 3.220,13. O contribuinte foi intimado quanto ao teor desta informação fiscal, contudo, não apresentou manifestação em face da mesma (vide despacho de fl. 277).

Ato contínuo, os autos foram distribuídos para minha relatoria, para fins de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões:

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Consoante acima narrado, trata-se de Pedido de Restituição de créditos de Cofins, referentes a pagamento efetuado indevidamente ou ao maior no período de apuração de setembro de 2002, no valor de R$ 3.344,37.

Como bem assentou este Conselho quando da Resolução nº 3801-000.677, quanto à matéria de direito, assiste razão ao contribuinte, visto que o alargamento da base de cálculo da COFINS inserta no art. 3º, parágrafo 1º da Lei n. 9.718/1998 já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, ao contrário do que constou da decisão recorrida, tal entendimento deve ser observado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. É o que se extrai dos fundamentos da resolução abaixo transcritos, os quais adoto como razão de decidir:

> A questão posta em discussão cinge-se ao direito ao crédito de COFINS pago com base no art. 3º, § 1, da Lei n° 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> Preliminarmente, entendo que deve ser considerada a documentação comprobatória apresentada em sede de Recurso Voluntário, que, em tese, estaria atingida pela preclusão consumativa, em obediência aos princípios da ampla defesa e da verdade material, conforme entendimento prevalente nesse colegiado e que foram juntadas em complemento aos documentos comprobatórios apensados anteriormente, os quais, em tese, ratificam os argumentos apresentados.
>
> No mérito, vejamos o alegado:
>
> 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 346.0846/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, há de se observar o artigo 62A 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, *in verbis*:

Art. 62A.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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.

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

"Art. 26A.

*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*

Atente-se que em relação ao PIS, a partir da Lei 10.637, de 2002, e à Cofins, a partir da Lei 10.833, de 2003, para aquelas empresas sujeitas ao regime não cumulativo de apuração das referidas contribuições, essa discussão deixou de ser pertinente, vez que as normas em questão instituíram nova base de cálculo, desta feita com amparo na Constituição Federal, pela redação da Emenda Constitucional 20, de 1998.

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.

Da análise dos demonstrativos e da Declaração de Informações EconômicoFiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), verifica-se que outras receitas compuseram a base de cálculo da contribuição COFINS em desacordo com o conceito de faturamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Com efeito, é incontroverso o bom direito da recorrente em relação aos recolhimentos à título de Cofins no período de apuração apontado no pedido de restituição, tendo em vista que esse litígio administrativo tem como objeto principal a restituição 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 da Cofins e eventuais pagamentos a maior.

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

a) apure a composição da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com base na documentação apresentada e na escrita fiscal e contábil, relativo aos períodos de apuração apontados nos pedidos de restituição, e a correção dos valores inicialmente pleiteados correspondentes à indevida ampliação da base de cálculo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98;

b) 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.

Ou seja, nos termos da resolução em questão, ainda que a matéria de direito fosse de fácil resolução, entenderam os julgadores naquela oportunidade que não havia nos autos elementos suficientes para que se confirmasse a certeza e liquidez do crédito pleiteado.

Isso porque, como é cediço, para fins de concessão de pedido de restituição e/ou compensação de indébito fiscal, é imprescindível que o crédito tributário pleiteado esteja munido de tais características.

Eventual dúvida existente, contudo, restou dirimida pela informação fiscal realizada em decorrência da diligência determinada por este Conselho. No caso concreto ora analisado, restou confirmada pela fiscalização a existência de direito creditório no montante de R$ 3.220,13, cuja conclusão transcrevo a seguir:

> Após, apuração da Contribuição da COFINS devida para o mês de Setembro de 2002 no valor de R$.6.509,48, e observado que o valor total recolhido foi de R$.9.729,61 (fls.13), concluímos que o valor recolhimento a maior é de R$.3.220,13.
> Desta forma, proponho o reconhecimento do direito creditório pleiteado no Pedido de Restituição às fls.2, transmitido através do programa PERDCOMP sob o nº 38979.57407.160807.1.2.04-0345, no valor de R$.3.220,13.

Mencione-se ainda que, intimado para se manifestar sobre o resultado desta diligência, o contribuinte não se manifestou (vide despacho de fl. 277 dos autos), o que leva a crer que concordou com o valor identificado pela fiscalização, ainda que parcial ao seu pleito originário, no valor de R$ 3.344,37.

Diante do acima exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, para fins de, reconhecendo o direito creditório no importe de R$ 3.220,13, conforme apurado na informação fiscal de fls. 270 e seguintes dos autos, deferir parcialmente o pedido de restituição e, em consequência, determinar a homologação do pedido de compensação, no limite do crédito reconhecido.

É como voto.

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora