



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

Processo nº 10850.902019/2011-04
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3801-000.826 – 1ª Turma Especial**
Data 18 de setembro de 2014
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente RODOBENS CORPORATIVA S/A
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:

Trata o presente processo de Pedido de Restituição (PER) eletrônico, transmitido em 22 de setembro de 2005, por meio da qual a contribuinte solicita restituição de valor que teria sido indevidamente recolhido a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins, no valor de R\$ 3.191,85, em 15 de outubro de 2002, relativo ao período de apuração de setembro de 2002.

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto SP pelo indeferimento do pedido de restituição, mediante Despacho Decisório (DD), à folha 5, emitido em 6 de junho de 2011, fazendo-o com base na constatação da inexistência do crédito informado, uma vez que o Darf discriminado no PER/Dcomp, não foi localizado nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Inconformada com o indeferimento do pedido de restituição, a contribuinte apresenta Manifestação de Inconformidade, na qual alega que o pagamento informado na ficha Darf do Pedido de Restituição foi realizado por meio de compensação, conforme comprova a Declaração de Compensação no processo administrativo nº 10850.002617/2002-82 que junta aos autos.

A contribuinte argumenta, ainda, que não obstante o erro de preenchimento, tal fato não prejudica seu direito creditório, em razão dos princípios da estrita legalidade e da verdade material, entre outros.

Por fim, a contribuinte requer a produção de perícia, realização de diligência e juntada de documentos.

Em 09 de agosto de 2013, esta Turma proferiu o Acórdão nº 0732.219 equivocadamente, uma vez que o Despacho Decisório em litígio se refere a Pedido de Restituição. Este voto, portanto, tem como objetivo retificar o citado Acórdão.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2005

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DARF NÃO LOCALIZADO. INDEFERIMENTO.

Não tendo sido localizado o Darf com as características indicadas pelo contribuinte como origem do crédito, ratifica-se o despacho decisório que indeferiu o pedido de restituição.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano calendário: 2005 PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ESPÉCIE DE PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO. LIMITES DA APRECIÇÃO EM SEDE ADMINISTRATIVA No âmbito dos pedidos de restituição, a apreciação administrativa da regularidade do procedimento do contribuinte se limita à aferição da existência de crédito contra a Fazenda Nacional estritamente informado no Pedido de Restituição (PER) eletrônico.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho alegando, na essência:

- que o crédito pleiteado se refere à inclusão indevida, na base de cálculo da contribuição Cofins, de receitas estranhas ao conceito de faturamento dada a inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei n. 9718/98;
- pede vénia para que, em observância ao princípio da economia processual, seja determinada a reunião dos processos que versam sobre a mesma matéria;
- que a não retificação do pedido de restituição não interfere na obrigação principal (recolhimento do imposto indevidamente) e, portanto, não impede o reconhecimento do direito creditório da recorrente;
- que, por um escusável lapso por parte da ora Recorrente, deixou de ser informado no pedido de restituição em análise que o pagamento no qual se lastreia o crédito nele pleiteado não foi realizado por meio de recolhimento com guia DARF, mas através da declaração de compensação em discussão no processo administrativo n. 10850.002617/2002-82, cuja cópia foi oportunamente apresentada junto com sua manifestação de inconformidade;
- que para corroborar os fatos já demonstrados pela documentação carreada à manifestação de inconformidade, e também com vistas a contrapor os argumentos aventados pelo acórdão recorrido, a recorrente requer, nos termos da alínea "c", do parágrafo 4º, do art. 16, do Decreto n. 70235/72, a juntada aos presentes autos do livro razão, o qual, por si só, tem o condão de comprovar o direito creditório ora postulado;
- que essa discussão se encontra totalmente superada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei n. 9718/98; bem como em recurso em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria;
- que a jurisprudência administrativa já se manifestou favoravelmente à aplicação, pelo fisco, das decisões que declararam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei 9718/98, com

fulcro no inciso I, do parágrafo 6o, do art. 26-A, incluído no Decreto n. 70235, de 6.3.1972, pela Lei n. 11941, de 27.5.2009 e também no Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), no seu art. 62, parágrafo 1o, inciso I, aprovado pela Portaria MF n. 256, de 22.6.2009;

Assim, requer, requer que o seu recurso seja conhecido e provido, reformando-se o v. acórdão recorrido, com o reconhecimento do direito à plena restituição da COFINS calculada sobre receitas estranhas ao conceito de faturamento, diante da inconstitucionalidade do artigo 3o, parágrafo 1o, da Lei n. 9718/98, declarada pelo Supremo Tribunal Federal e já reconhecida pela jurisprudência administrativa.

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 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.

Todavia, nas PER/DCOMPs que utilizaram este crédito não houve pagamento no sentido estrito e sim compensação do débito informado como pagamento indevido. Diante disso, o pagamento não foi localizado, sendo exarado Despacho Decisório indeferindo a restituição pleiteada.

Por certo, na sistemática da análise dos PERDCOMPs de pagamento indevido ou a maior, na qual é feito um batimento entre o pagamento informado como indevido e sua situação no conta corrente – disponível ou não, caso o contribuinte não informe corretamente os dados do pagamento ele efetivamente não será localizado, o que de fato ocorreu conforme consta no Despacho Decisório.

Nesse procedimento não se está adentrando efetivamente no mérito da questão, cuja análise somente será viável a partir da manifestação de inconformidade apresentada pelo requerente, na qual, espera-se, seja descrita a origem do direito creditório pleiteado e sua fundamentação legal.

Não obstante os equívocos cometidos pela recorrente na formalização do pedido de restituição, o entendimento predominante deste Colegiado é no sentido da prevalência da verdade material, que ademais é um dos princípios que regem o processo administrativo, conforme ensina Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez López:

Em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar, exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado. Odete Medauar preceitua que "o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.

Segundo Alberto Xavier, a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha formar sua livre convicção sobre os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte. Nesta perspectiva, é lícito ao órgão fiscal agir sponte sua com vistas a corrigir os fatos

inveridicamente postos ou suprir lacunas na matéria de fato, podendo ser obtidas novas provas por meio de diligências e perícias.¹ Para que se possa superar a questão de eventual erro de fato e analisar efetivamente o mérito da questão, deveriam estar presentes nos autos os elementos comprobatórios que pudéssemos considerar no mínimo como indícios de prova dos créditos alegados.

Neste sentido, os documentos colacionados, em tese, ratificam os argumentos apresentados. Apesar da complementação das alegações da recorrente e a correspondente documentação comprobatória terem sido apresentadas apenas em sede de Recurso Voluntário, o que, em tese, estaria atingida pela preclusão consumativa, estes devem ser aceitos em obediência ao princípio da verdade material, com respaldo ainda na alínea “c” do § 4º art. 16 do PAF (Decreto nº 70.235/1972), quando a juntada de provas destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, mormente quando a Turma de Julgamento de primeira instância manteve a decisão denegatória da restituição com base no argumento de que não foram apresentadas as provas adequadas e suficientes à demonstração e comprovação da existência do indébito, quando tal questão não fora abordada no âmbito do Despacho Decisório guerreado.

No 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

¹ NEDER, Marcos Vinicius; LOPEZ, Maria Tereza Martinez. Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 78.

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 o 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 apresentada

no processo administrativo n. 10850.002617/2002-82, cuja cópia foi oportunamente apresentada junto com sua manifestação de inconformidade.

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.

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, deve-se solicitar que a Delegacia de origem informe qual a situação do débito compensado.

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

a) Informe qual a situação do débito compensado no processo administrativo n. 10850.002617/2002-82 e colacione cópia do Despacho Decisório homologando ou não a compensação, caso haja;

b) Caso tenha sido interposto recurso, aguarde o encerramento do contencioso administrativo no âmbito do processo nº 10850.002617/2002-82 e após a liquidação da decisão definitiva informe qual a situação do débito compensado relativo a Cofins (2172), apurado no período de apuração setembro de 2002;

c) 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