



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

Processo nº 10850.908398/2011-38
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3201-001.128 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 01 de fevereiro de 2018
Assunto Diligência
Recorrente BRQUALY ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

(assinatura digital)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente Substituto.

(assinatura digital)

PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório.

O presente processo administrativo fiscal trata de Recurso Voluntário de fls. 95, apresentado em face da decisão proferida pela DRJ/SP de fls. 50, que julgou a Manifestação de Inconformidade de fls. 7 improcedente e não reconheceu o direito creditório do contribuinte, nos moldes do Despacho Decisório de fls. 5.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, transcrevo o Relatório da decisão de primeira instância administrativa, in verbis:

O presente processo administrativo foi materializado na forma eletrônica, razão pela qual todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo eletrônico.

*Trata-se de Manifestação de Inconformidade interposta pela contribuinte por meio de seus representantes legais, conforme instrumento de mandato a fls. 038/039, em face do Despacho Decisório eletrônico resultante da apreciação do documento Pedido de Restituição nº 34900.41047.221205.1.2.04-3190 (fls. 002/004), protocolado em 22/12/2005, e dos demais documentos associados, por meio dos quais a contribuinte pretende ter restituído crédito no valor total de **R\$ 1.047,42**.*

Conforme informado pela contribuinte no pedido de restituição, o valor a ser restituído é correspondente ao DARF anexado aos autos (fl. 004) com as seguintes características:

Código da Receita	Período de Apuração	Data de Vencimento	Data de Arrecadação	Valor do Principal	Valor da Multa	Valor dos Juros	Valor Total
2172	28/02/2001	15/03/2001	15/03/2001	9.101,71	0,00	0,00	9.101,71

*A análise da liquidez e certeza do crédito pleiteado foi efetuada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, que, em 02/12/2011, emitiu Despacho Decisório eletrônico (fl. 005), no qual a autoridade competente **indeferiu** o Pedido de Restituição, com base no seguinte fundamento: **o pagamento foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição.***

Cientificada do Despacho Decisório, em 23/12/2011 (fl. 006), a contribuinte ingressou, em 20/01/2012, com a manifestação de inconformidade de fls. 007/015 e documentos anexos, na qual se manifesta, em síntese, conforme o disposto a seguir.

*1. Solicita a **reunião dos processos administrativos** nº 10850.908391/2011-16, nº 10850.908392/2011-61, nº 10850.908393/2011-13, nº 10850.908394/2011-50, nº 10850.908395/2011-02, nº 10850.908396/2011-49, nº 10850.908397/2011-93, nº 10850.908398/2011-38, nº 10850.908399/2011-82, nº 10850.908400/2011-79 e nº 10850.908401/2011-13, sob o argumento de que têm o mesmo objeto, qual seja a restituição de crédito decorrente de recolhimento indevido de contribuição social fundado na inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998. Invoca para tanto os princípios da economia processual e os dele decorrentes. Cita doutrina que respalda a reunião de processos com mesmo fundamento fático e define a conexão entre ações e aponta que os processos teriam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo objeto. Traz decisão administrativa.*

2. Alega ter havido **falta de aprofundamento na investigação dos fatos**, pois não foi intimada a prestar quaisquer esclarecimentos a respeito da higidez de seu crédito, contrariando o disposto no art. 65, da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30/12/2008, e o art.

142, do Código Tributário Nacional, o que teria permitido à requerente demonstrar seu direito ao crédito.

3. Quanto ao mérito, **sustenta que o art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998, ampliou significativamente a base de cálculo da contribuição de forma inconstitucional**, ao prescrever que nela fosse considerada a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, e não simplesmente seu faturamento, ofendendo frontalmente o art. 195, inciso I, da Constituição Federal, que se restringia somente ao faturamento, e o art. 110, do Código Tributário Nacional, que proíbe a alteração, pela lei tributária, da definição, do conteúdo e do alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal para definir ou limitar competências tributárias.

Nesse sentido, refere-se à jurisprudência do STF, citando julgados, e argumenta, ainda, que a matéria já foi considerada pelo STF de repercussão geral e será objeto de sumula vinculante, conforme voto que transcreve. Reforça apontando que a Lei nº 11.941, de 27/05/2009, teria revogado o art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998, o que demonstraria que o legislador teria reconhecido a inconstitucionalidade já pacificada na jurisprudência. Quanto à posição da 2ª instância administrativa, traz exemplos de decisões dessa instância, ressaltando em especial o entendimento daquele órgão de que a posição do STF nos recursos extraordinários proferida em sessão plenária deve ser aplicada pelas autoridades fazendárias em suas decisões. Reforça sua posição invocando o art. 26-A, §6º, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, e os artigos 61-A e 62, §1º, inciso I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, disposição que já constava no regimento do órgão equivalente anterior. Em consequência, a base de cálculo da contribuição somente deveria incluir valores correspondentes ao faturamento. Portanto, no caso específico do presente processo, seria indevido o valor de R\$ 1.047,42, que corresponde à parcela da contribuição calculada sobre receitas que não integram o faturamento, conforme comprovado por documentos hábeis a comprovar a existência e higidez do crédito pleiteado, o qual deve ser restituído.

Conclui requerendo o acolhimento e provimento da presente manifestação de inconformidade, com o reconhecimento do direito da requerente à restituição da contribuição calculada sobre receitas estranhas ao conceito de faturamento, informa que a matéria objeto da manifestação de inconformidade não foi submetida à apreciação judicial e protesta prova o alegado por todos os meios de prova admitidos, especialmente a produção de perícia, a realização de diligências e a juntada de documentos.

É o relatório."

A 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto proferiu seu Acórdão com a seguinte Ementa:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2001 a 28/02/2001

PAF. REUNIÃO DE PROCESSOS. NECESSIDADE DE PREVISÃO NORMATIVA.

A reunião de processos administrativos no âmbito da RFB deve seguir os critérios previstos nas normas específicas, que prevêem a consolidação de matérias em um único processo e o apensamento de processos, conforme a hipótese, inexistindo previsão de julgamento conjunto.

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO. PROFUNDIDADE DA APRECIÇÃO LIMITADA AO TEOR DO PEDIDO.

Cabe à autoridade competente a apreciação da restituição e da compensação no limite do teor do pedido apresentado, não podendo ser caracterizado como falta de aprofundamento da análise a não apreciação de fundamento não registrado no corpo do pedido e trazido somente na contestação.

CONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. PREVISÃO EXPRESSA EM ATO NORMATIVO.

CONDIÇÃO NECESSÁRIA E SUFICIENTE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre constitucionalidade e o afastamento de normas sob fundamento dessa natureza depende da correspondente declaração de inconstitucionalidade ser reconhecida por ato de vinculação obrigatória expressamente previsto no ordenamento jurídico.

RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE SALDO A RESTITUIR.

Verificado que o crédito pleiteado tem seu valor totalmente vinculado à quitação de débitos declarados em DCTF, resta impossibilitada, por falta de saldo, a restituição.

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e da 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."

Os autos foram distribuídos e pautados nos moldes do regimento interno deste Conselho.

Relatório proferido.

Voto.

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme Portaria de condução e Regimento Interno, apresenta-se esta Resolução.

Para evitar supressão de instância, é preciso reconhecer que os autos não estão em condições de julgamento.

Conforme se depreende dos autos, o despacho decisório verificou a escrita do contribuinte e concluiu pela não existência do crédito, a DRJ/SP, por sua vez, entendeu que o contribuinte não descreveu em seu pedido de restituição e compensação a origem do crédito, ou seja, em nenhum momento tratou da inconstitucionalidade do §1.º, Art. 3.º, da Lei 9718/98 e manteve o não reconhecimento do crédito.

Segundo o contribuinte, em suas peças de defesa, este recolheu de forma indevida o Cofins, nos moldes que foram declarados inconstitucionais pelo STF. Isto seria suficiente para que a fiscalização reconhecesse o crédito.

Contudo, não há nos autos qualquer análise da fiscalização com relação ao recolhimento do Cofins sob a base de cálculo declarada inconstitucional, razão pela qual a lide encontra-se incompleta.

O princípio da verdade material e a regra constitucional da legalidade impedem que este Conselho defira ou indefira recurso administrativo fiscal sem o amparo da materialidade, de modo que, se a alegação do contribuinte for materialmente verdadeira, este Conselho não pode permitir o não reconhecimento do crédito originado de tributo recolhido sob moldes inconstitucionais.

É importante considerar neste voto a inconstitucionalidade do §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98, conforme julgamentos dos Recursos Extraordinários STF 346.084 (DJ 01/09/2006 Rel p/ acórdão Min. Marco Aurélio), 357.950, 358.273 e 390.840 (todos DJ

15.08.06 Rel. Min. Marco Aurélio), que tratam da inconstitucionalidade da alargada base de cálculo da COFINS, com parâmetro na receita bruta (receitas operacionais e não operacionais) e não no faturamento.

Transcreve-se trecho conclusivo do voto vencedor do Ministro Marco Aurélio no RE STF 346.084, que trata da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo assim como do conceito de faturamento, conforme segue:

"Como, então, dizer-se, a esta altura, que houve simples explicitação do que já previsto na Carta? É admitir-se a vinda à balha de emenda constitucional sem conteúdo normativo. É admitir-se que o legislador ordinário possa, até mesmo, modificar enfoque pacificado mediante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que haja atuado, à luz das balizas constitucionais, como guardião da Lei Fundamental. Descabe, também, partir para o que seria a reprimenda, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmudá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se irrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagra do que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial."

Considerando que foi declarada a inconstitucionalidade da base de cálculo do §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98, que alargou a base de cálculo da COFINS, o conceito de receita bruta não tem mais valia. Foi superado e, conforme Art. 62 do Regimento interno deste Conselho, o reconhecimento (e não decretação) de sua inconstitucionalidade é obrigatório neste Conselho.

Diante do exposto, vota-se para que o julgamento seja convertido em diligência para que:

- os autos sejam remetidos à unidade de origem para nova análise e apresentação de relatório que considere a escrita do contribuinte, o modo de recolhimento e a base de cálculo em confronto com a inconstitucionalidade mencionada.

Processo nº 10850.908398/2011-38
Resolução nº **3201-001.128**

S3-C2T1
Fl. 254

- após, o contribuinte deve ser informado do conteúdo do relatório e intimado para apresentação de nova manifestação;

A procuradoria deve ser cientificada do resultado da diligência.

Após, retornem os autos a este Conselho para julgamento.

Resolução proferida.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.