



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

Processo nº 10930.907108/2011-49
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº **3802-004.172 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 25 de fevereiro de 2015
Matéria COFINS - PER/RESTITUIÇÃO
Recorrente MOINHO GLOBO ALIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do Fato Gerador: 15/05/2003

INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

O Tribunal Pleno do STF declarou em definitivo a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que promoveu o alargamento da base de cálculo da Cofins em virtude da alteração do conceito de Receita Bruta (REsp nºs 346.084/PR, 358.273/RS, 357.950/RS e 390.840/PR).

Considerando o disposto no art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, fica facultado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação de Lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ART. 62-A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO ENTENDIMENTO.

Conforme o disposto no art. 62-A do Regimento Interno do CARF decisões de mérito em sede de repercussão geral e recurso repetitivo proferidas pelo STJ e STF deverão ser reproduzidas pelos conselheiros nos julgamentos

ANÁLISE DA MATERIALIDADE DO CRÉDITO. JUNTADA DOS EXCERTOS DOS LIVROS DIÁRIO E RAZÃO EM SEDE RECURSAL, APÓS PROVOCAÇÃO PELA DECISÃO RECORRIDA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Nos termos do art. 16, § 4º, c, do Decreto 70.235/72, é possível a apreciação de documentação comprobatória do crédito suscitado, caso esta tenha sido juntada para embasar direito já alegado mediante planilha em sede de Manifestação de Inconformidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, **determinando o retorno dos autos à instância a quo para apreciação do mérito.**

(assinado digitalmente)

Joel Miyazaki - Presidente da 2ª Câmara/3ª Seção.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra – Redator designado *ad hoc* (art. 17, inciso III, do Anexo II do RICARF/2015).

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Mércia Helena Trajano D'Amorim (Presidente), Waldir Navarro Bezerra, Claudio Augusto Gonçalves Pereira, Bruno Mauricio Macedo Curi (Relator), Francisco Jose Barroso Rios e Solon Sehn.

Relatório

Preliminarmente, ressalta-se que nos termos do artigo 17, inciso III, do anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF/2015, fui designado como redator *ad hoc* (fl. 89), para formalização do respectivo Acórdão, considerando o resultado do julgado, conforme o constante da ATA da respectiva sessão de julgamento.

A Recorrente MOINHO GLOBO ALIMENTOS S/A., interpôs o presente Recurso Voluntário contra o Acórdão nº 06-41.495, proferido em primeira instância pela 3ª Turma da DRJ em Curitiba/PR, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade declarada pelo contribuinte por recolhimento vinculado a débito confessado, negando o direito creditório.

Por bem explicitar os atos e fases processuais ultrapassados até o momento da análise da impugnação, adota-se o relatório elaborado pela autoridade julgadora *a quo*:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade apresentada em face do indeferimento de pedido de restituição (PER), de nº 37324.45406.300605.1.2.04-8827, nos termos do despacho decisório emitido em 02/12/2011 (rastreamento nº 013472689).

No aludido PER, transmitido eletronicamente em 30/06/2005, a contribuinte indicou um crédito de R\$ 2.885,35, referente ao pagamento efetuado em 15/05/2003, de Cofins, código de receita 2172, no valor total de R\$ 172.618,56.

Segundo o despacho decisório recorrido, a restituição foi indeferida porque o Darf indicado como crédito estava totalmente utilizado para extinção de débito de Cofins, 2172, do

período de apuração de 30/04/2003, de acordo com a informação da DCTF transmitida pela Interessada.

Cientificada em 22/12/2011, a Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade em 19/01/2012. Alega que recolheu valores indevidos de PIS/Pasep e de Cofins que incidiram sobre outras parcelas que não se compreendem no conceito de faturamento, relativamente às competências de 07/2000 a 01/2004, 03/2004 e 07/2004.

Diz que nos referidos períodos (anos de 2000 a 2004) informou em DCTF os valores devidos a título de PIS/Pasep e de Cofins levando em conta a legislação vigente à época, que alargava a suas bases de cálculo ao considerar as receitas financeiras como integrantes do conceito de faturamento. Aduz, porém, que o STF considerou inconstitucional tal ampliação da base de cálculo. Anexa jurisprudência do STF e do CARF.

Em função disso, entende que as “declarações prestadas à época da vigência plena do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, hoje declarada inconstitucional, não de ser revistas de modo a se adequarem a tal entendimento, em prol da realidade material que passou a existir com a declaração de inconstitucionalidade pelo E. STF”.

Anexa planilha demonstrando as diferenças pleiteadas, as quais “correspondem exatamente às receitas não operacionais, não integrantes da base de cálculo do PIS/Cofins após a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98”.

Argumenta que para o deferimento do pedido de restituição basta que a autoridade julgadora exclua das DCTF apresentadas as receitas não operacionais (financeiras),

tendo por base a planilha anexa, a fim de adaptar à realidade as declarações prestadas.

Pede o provimento integral do presente recurso..

É o relatório.

Indeferida a Manifestação de Inconformidade apresentada, o órgão julgador de primeira instância sintetizou as razões para a procedência do crédito tributário na forma da Ementa que segue:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do Fato Gerador: 15/05/2003

RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. RECOLHIMENTO VINCULADO A DÉBITO CONFESSADO.

Correto o Despacho Decisório que indeferiu o pedido de restituição por inexistência de direito creditório, tendo em vista que o pagamento alegado

como origem do crédito estava integral e validamente alocado para a quitação de débito confessado.

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. CARÁTER INTER PARTES.

É perfeitamente aplicável a disposição § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, até a sua revogação pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, uma vez que o julgamento do STF pela inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo contida naquele dispositivo não tem efeito erga omnes, só atingindo as partes envolvidas.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido.

Cientificada acerca da decisão exarada pela 3ª Turma da DRJ em Curitiba – DRJ/CTA, a interessada interpôs o presente Recurso Voluntário, no qual reitera os argumentos apresentados em sua manifestação de inconformidade, anexa trechos de seus livros Diário e Razão nos quais constam as rubricas de receitas financeiras, requer a homologação da compensação declarada por evidente a origem do crédito e, por conseguinte, o direito à compensação do mesmo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra, redator *ad hoc* designado para formalizar a decisão (fl. 89), uma vez que o Conselheiro Relator Bruno Maurício Macedo Curi, não mais compõe este colegiado e que a respectiva Turma Especial foi extinta, retratando hipótese de que trata o artigo 17, inciso III, do Anexo II, do Regimento Interno deste CARF, aprovado pela Portaria MF no 343, de 09 de junho de 2015.

Ressalvado o meu entendimento pessoal, no sentido de dar a este e a outros processos nessa situação tratamento diverso.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade e tempestivamente interposto, nos termos do Decreto nº 70.235/72, conheço do Recurso e passo à análise das razões recursais.

Conforme exposto nas linhas acima, a Declaração de Compensação da Recorrente teve como causa a tributação indevida de PIS e COFINS sobre receitas financeiras, especialmente diante da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins promovida pela Lei nº 9.718/98, tendo em vista a ausência de mandamento constitucional (ou, doutra maneira, a edição de Lei Complementar que estabelecesse novas fontes de custeio da seguridade social) que validasse a incidência da contribuição em referência sobre receitas financeiras e outras receitas operacionais, não inseridas no conceito de faturamento.

Como bem observado pela decisão recorrida, o Tribunal Pleno da Egrégia Corte examinou os Recursos Extraordinários nºs 346.084/PR, 358.273/RS, 357.950/RS e 390.840/PR, declarando, incidentalmente e por maioria, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, na forma da ementa assim redigida:

"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. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 346.084/PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, Julgamento 09/11/2005, Publicação 01/09/2006)."

Ainda que, como destacado pela DRJ, a decisão não tenha efeito *erga omnes* à luz da legislação de regência das decisões exaradas pelo STF, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, autoriza este Colegiado a afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto *"que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Superior Tribunal Federal"*.

Ora, não é outra a hipótese do caso sob exame.

Portanto, sendo a observância do *decisum* proferido pelo STF facultada a este órgão julgador, deve-se reconhecer o direito de a Recorrente pleitear a restituição do montante indevidamente recolhido a título de Cofins em virtude da aplicação do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF, em consonância com o repertório jurisprudencial do CARF, do qual se traz, a título exemplificativo, a decisão adiante:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2002

DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. PRAZO.

Para os pedidos de restituição apresentados até o dia 08/06/2005, o direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco

anos, contados da data da homologação (tácita ou expressa) do pagamento antecipado, nos casos de tributos lançados por homologação.

Observância ao princípio da segurança jurídica.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o CARF aplicar esta decisão para reconhecer o direito à restituição das importâncias pagas com fulcro no referido dispositivo legal.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO PER/DCOMP. INADMISSIBILIDADE.

Sem que haja impedimento de utilização do sistema eletrônico, considera-se não formulado o pedido de restituição apresentado em formulário impresso após 29/09/2003.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

(CARF, 3ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, RV 501572, Acórdão 3302-001.245, Relator Conselheiro Walber José da Silva, Julgamento 06/10/2011)"

Assim é que, em tese, assiste direito ao Recorrente.

No entanto, ultrapassada a questão de direito, torna-se fundamental apreciar a matéria de prova.

No caso em tela, a análise da prova restou prejudicada, pois a DRJ não aceitou a planilha apresentada pelo Recorrente.

Como forma de fundamentar a planilha apresentada à época da manifestação, o contribuinte apresentou excertos de seus livros Diário e Razão para buscar comprovar o direito de crédito indicado na planilha que anexou em sua primeira peça defensiva.

Tais documentos podem excepcionalmente ser juntados aos autos, diante da previsão do art. 16, § 4º, c, do RPAF, que permite a apresentação de documentos posteriormente à peça defensiva inaugural para contrapor razões trazidas em momento processual seguinte, pelo que se vê abaixo:

"§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos."

Todavia, a análise da documentação acostada aos autos pode levar à supressão de instância.

Assim, e considerando que a supressão de instância somente pode ser realizada se esta for favorável ao sujeito passivo, forte no art. 59, § 3º, do Decreto 70.235/72, entendo que devem os autos retornar para julgamento da DRJ quanto à matéria de prova, de modo a se averiguar a liquidez e certeza do crédito oferecido à compensação.

Nesse mesmo sentido já decidiu essa Eg. Turma Especial, no Acórdão 3802-001.857, de relatoria do Conselheiro Solon Sehn:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/04/2002 a 30/04/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/1998. INCONSTITUCIONALIDADE DE DECLARADA PELO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ART. 62-A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO ENTENDIMENTO.

O §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do RE nº 346.084/PR e no RE nº 585.235/RG, este último decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B).

Assim, deve ser aplicado o disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Carf, o que implica a obrigatoriedade do reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO DECORRENTE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/1998. MATÉRIA NÃO CONHECIDA NA INSTÂNCIA A QUO. PRELIMINAR QUE IMPEDIU O CONHECIMENTO DO MÉRITO. AFASTAMENTO. RETORNO DOS AUTOS À DRJ PARA EXAME DA MATÉRIA.

A DRJ, ao acolher a questão prejudicial relacionada à incompetência para a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, não chegou a apreciar o mérito da existência do direito creditório, isto é, o valor do crédito e do débito e outras circunstâncias relevantes ao desate da questão, inclusive a efetiva inclusão das receitas financeiras na base de cálculo da contribuição no período alegado pelo interessado. Destarte, os autos devem retornar à DRJ para exame da matéria de mérito, sob pena de supressão de instância.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Aguardando Nova Decisão."

No mesmo sentido, aplicáveis à espécie os soma-se os nºs Acórdãos 3802-001.959 e 3802-001.960, de relatoria do Conselheiro Bruno Mauricio Macedo Curi.

Conclusão

Diante de todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário para **dar-lhe provimento parcial**, determinando-se o retorno dos autos à instância *a quo*, para fins de apreciação do mérito.

Formalizado o voto em razão do disposto no artigo 17, inciso III, do Anexo II do RICARF/2015, subscrevo o presente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra – Redator *ad hoc*.