



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

Processo nº 10980.922906/2009-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-005.686 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de outubro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Recorrente BEBIDAS NOVA GERAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2002

PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Não se aplicam os artigos 31 e 59, inciso II do Decreto nº 70.235/1972 quando são analisadas as questões postas pela Recorrente em manifestação de inconformidade. Ausência de preterição do direito de defesa.

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

Através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Incidência do artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997. Decisões definitivas de mérito, proferidas em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional devem ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Artigo 62, § 2º do Regimento Interno do CARF.

Recurso Voluntário provido em Parte.

Direito Creditório Reconhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de conversão do julgamento do recurso em diligência, para apurar o quantum do

direito creditório, vencida a conselheira Maria Aparecida Martins de Paula, que suscitou a diligência e os conselheiros Renato Vieira de Avila (suplente convocado) e Waldir Navarro Bezerra. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para que, afastado o fundamento da decisão recorrida quanto à inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei n. 9.718/98, o processo retorne à unidade de origem para apurar o quantum e eventual direito creditório do contribuinte.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Rodrigo Mineiro Fernandes e Renato Vieira de Ávila (Suplente convocado). Ausente justificadamente a Conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz, que foi substituída pelo Suplente convocado.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 06-36.895 proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo a negativa de homologação da compensação.

Por bem descrever os fatos ocorridos no presente processo, transcreve-se a seguir o relatório da decisão de primeira instância:

Trata o processo de manifestação de inconformidade apresentada em 22/07/2009, em face da não homologação da compensação declarada por meio do Per/Dcomp nº 33473.53599.130706.1.7.041974, nos termos do despacho decisório emitido em 22/06/2009 pela DRF em Curitiba/PR (rastreamento nº 842579517).

Na aludida Dcomp, transmitida eletronicamente em 13/07/2006 para retificar a Dcomp nº 26378.85333.130706.1.3.044105, a contribuinte indicou um crédito de R\$ 746,94 (que corresponde a uma parte do pagamento efetuado em 15/01/2003, sob o código 2172, no valor de R\$ 71.869,87), e um débito de Cofins (5856), do período de apuração 06/2006, vencido em 14/07/2006, no valor original de R\$ 74,99.

Segundo o despacho decisório, cientificado em 29/06/2009, a compensação não foi homologada porque o crédito indicado

para a compensação havia sido totalmente utilizado na extinção, por pagamento, do débito de Cofins (2172) de dezembro de 2002, no valor de R\$ 71.869,87.

Na manifestação apresentada, a interessada diz que o crédito decorre da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 no RE 357950, e que aproveitou o referido crédito nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996. Demonstra numericamente a origem do crédito e diz estar amparada pelo art. 170 do CTN. Cita e transcreve jurisprudência administrativa e, ressaltando o contido no art. 165 do CTN, insiste no direito à restituição. Ao final, pede a homologação da compensação.

É o relatório.

Intimada do acórdão da DRJ/CTA, em data de 09/08/2014 (Termo de Ciência por Decurso de Prazo de fls. 35), a Contribuinte tempestivamente interpôs o Recurso Voluntário de fls. 38 a 43 em data de 22/08/2014 (protocolo físico) com os seguintes argumentos:

PRELIMINARMENTE: NULIDADE DO ACÓRDÃO COM BASE NO ARTIGO 59, II, DO DECRETO Nº 70.235/1972, EM RAZÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 31 DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

MÉRITO: INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS PELA LEI Nº 9.718/98 E DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cynthia Elena de Campos, Relatora

Pressupostos legais de admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, devendo ser conhecido por este Colegiado.

Preliminar

A Recorrente invoca os Artigos 31 e 59 do Decreto nº 70.235/1972, arguindo a nulidade do Acórdão recorrido em razão de ausência de análise dos argumentos expostos em manifestação de inconformidade, sob alegação de falta de competência para analisar a inconstitucionalidade de lei.

Sem razão.

A Contribuinte havia alegado em manifestação de inconformidade (fls.12 a 17) que apurou crédito tributário de PIS e COFINS com base na declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/98, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 357950, aproveitando parte do referido crédito para compensar com débitos de natureza tributária, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96.

Alegou que extinguiu o débito da COFINS, conforme declarado em DCTF, com DARF referente ao período de apuração 31/12/2002 (código de receita 2172) recolhido em 15/01/2003 e, posteriormente, utilizou o crédito tributário referente à COFINS incidente sobre as receitas financeiras no valor de R\$ 746,94, sendo indicado no preenchimento do PERD/COMP que o crédito estava vinculado ao DARF em que deu origem ao recolhimento.

Invocou o artigos 165 e 170 do Código Tributário Nacional, bem como o artigo 74 da Lei nº 9.430/96.

A 3ª Turma da DRJ/CTA julgou improcedente a manifestação de inconformidade e não reconheceu o direito creditório por concluir que não foi apresentada prova documental sobre a origem do crédito em referência, não cabendo à autoridade administrativa reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivos legais, uma vez não se enquadrar nas hipóteses previstas nos Artigos 1º e 4º, Incisos I, II, III, IV e Parágrafo Único do Decreto nº 2.346/1997.

Neste caso, não se aplicam os artigos 31 e 59, inciso II do decreto nº 70.235/1972, considerando que foram analisadas as questões postas pela Recorrente em manifestação de inconformidade, além de não restar configurada a alegada preterição do direito de defesa.

Portanto, afasto a preliminar invocada no recurso em análise e passo à análise das razões de mérito invocadas pela defesa.

Mérito

A Recorrente invoca o reconhecimento da inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98 e aplicação do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Para tanto, fundamenta pela repercussão geral conferida ao RE nº 585.235 do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998.

Com razão.

O PER/DCOMP nº 33473.53599.130706.1.7.04-1974 (FLS. 6 a 11), com Código da Receita 5856-01 (Cofins - não Cumulativa), transmitido em data de 13/07/2006 em retificação ao PER/COMP nº 26378.85333.130706.1.3.04-4105, teve origem no pagamento indevido ou a maior de COFINS (Código da Receita: 2172), realizado em 15/01/2003 no valor de R\$ 71.869,87 (setenta e um mil, oitocentos e sessenta e nove reais e oitenta e sete centavos).

O crédito indicado se refere a R\$ 746,94 (que corresponde a uma parte deste pagamento efetuado em 15/01/2003), e um débito de Cofins, do período de apuração 06/2006, vencido em 14/07/2006, no valor original de R\$ 74,99.

Considerando o vencimento do tributo em data de 14/07/2006 e a transmissão do PER/DCOMP em data de 13/07/2006, considera-se tempestivo o pedido, afastando a incidência da mora.

O despacho decisório (Rastreamento nº 842579517) de fls. 2 a 5, não homologou a compensação declarada por concluir pela localização de um ou mais pagamentos, integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

A Manifestação de Inconformidade (fls. 12-17) demonstrou a origem do crédito com base na declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/98, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 357950, em Sessão Plenária de 09/11/05, apontando a base de cálculo utilizada para apuração deste crédito.

Cabe consignar que o RE 357.950/RS foi precedente reconhecido em Plenário para julgamento do RE 585235-RG-QO, com repercussão geral (TEMA 110) e cuja Ementa se transcreve:

EMENTA: 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. (RE-RG-QO 585235, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, publicado em 28/11/2008)

Ao que pese o precedente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e vinculado ao RE 585235, a 3ª Turma da DRJ/CTA embasou a decisão por não atribuir o efeito *erga omnes* ao 357.950/RS. Vejamos o texto extraído da decisão recorrida:

Ou seja, apesar de não ser esse o entendimento da contribuinte, claro está que a atribuição dos julgadores está limitada a afastar a aplicação apenas de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de forma inequívoca e definitiva, atendendo ainda a determinação do Secretário da Receita Federal. É de se ressaltar contudo que, no caso em análise, apesar da existência de entendimentos do STF, expressos em julgamentos proferidos, não foram comprovadas as condições descritas no citado decreto para a sua aplicação,

afinal, as decisões mencionadas foram proferidas apenas em relação a casos específicos envolvendo, também, partes específicas (que não a contribuinte).

Sobre o assunto, aliás, é oportuno mencionar também o que dispõe o enunciado nº 2 do CARF do MF:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Este, a propósito, também é o comando contido no art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Desse modo, e não cabendo à autoridade administrativa de julgamento acatar as alegações da impugnante, já que a exigência em questão encontra respaldo em leis válidas e vigentes cuja inconstitucionalidade não foi declarada – com os efeitos erga omnes – pelo STF, não deve ser reconhecido o direito creditório pleiteado (pois não restou caracterizado o pagamento a maior).

Quanto à jurisprudência apresentada, não há como considerá-las, seja pela inexistência de norma legal para lhes conferir eficácia normativa, seja pelo seu caráter inter partes.

Da análise dos autos, verifica-se que o ponto controvertido invocado pela DRJ/CTA para negar o crédito requerido pela Contribuinte cinge-se à produção de efeitos do RE 357950, não havendo dúvidas levantadas quanto à origem e valores lançados na declaração de compensação.

Considerando que a matéria suscitada versa sobre declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, o que é questão decidida em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal através do RE 585235, já citado, deveria a autoridade julgadora *a quo* aplicar o artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/1997, afastando o § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e, por sua vez, reconhecendo o direito ao crédito tempestivamente informado em PERD/COMP.

De outro turno, igualmente por se tratar de decisão definitiva e vinculante do Supremo Tribunal Federal, não incide a Súmula CARF nº 2 e artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72.

Está correta a Recorrente ao afirmar pela aplicação do artigo 62, § 2º do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, que assim dispõe:

Art. 62. Fica 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.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou do s arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Neste sentido, colaciona-se precedente da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em julgamento ao Recurso Especial nº 137.866 (PAF: 13808.005507/2001-03):

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/08/1998, 01/11/1998 a 30/11/1998, 01/01/1999 a 31/01/1999, 01/06/1999 a 30/06/1999, 01/08/1999 a 31/08/1999, 01/05/2000 a 31/08/2000, 01/01/2001 a 28/02/2001

Ementa:

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. DECISÃO DEFINITIVA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, através do seu órgão plenário, já se posicionou de forma definitiva quanto à inconstitucionalidade do disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, com a reafirmação da sua jurisprudência, no julgamento do RE nº 582.235/MG, reconhecido como de repercussão geral, tendo se deliberado, ainda, neste caso, pela edição de súmula vinculante.

APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 4º DO DECRETO Nº 2.346/1997 E DO ARTIGO 62 DO RICARF.

Nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/1997, na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial do Procurador Negado (Acórdão nº 9303002.859 – 3ª Turma)

Por tais razões, deve ser reconhecido o direito creditório da Contribuinte, para que seja analisado o PERD/COMP afastando a inconstitucionalidade já declarada pelo Supremo Tribunal Federal e, após a devida apuração, proceda à compensação para fins de extinção do crédito tributário, nos termos previstos pelo artigo 156, inciso II do Código Tributário Nacional cumulado com artigo 74, § 2º da Lei nº 9.430/96.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço o Recurso Voluntário e julgo parcialmente provido, afastando a preliminar de nulidade e, no mérito, reconheço a injuridicidade do fundamento adotado pela decisão recorrida, afastando o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, devendo o processo retornar à Unidade de Origem para que proceda à análise da declaração de compensação, com apuração do *quantum* e eventual direito creditório da Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos