



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

Processo nº 10980.924274/2009-08
Recurso nº 921.727 Voluntário
Acórdão nº **3802-01.186 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 19 de julho de 2012
Matéria COFINS-COMPENSAÇÃO
Recorrente CONSTRUTORA PATRÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2003 a 31/05/2003

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.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Direito Creditório Reconhecido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar o retorno dos autos à instância *a quo* para fins de apreciação do mérito da questão, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

REGIS XAVIER HOLANDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

SOLON SEHN - Relator.

EDITADO EM: 25/09/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Regis Xavier Holanda (presidente da turma), Mara Cristina Sifuentes, Cláudio Augusto Gonçalves Pereira, Francisco José Barroso Rios, Bruno Maurício Macedo Macedo Curi e Solon Sehn.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face de decisão da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo Recorrente, assentada nos fundamentos resumidos na ementa a seguir transcrita (fls. 32):

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: : 01/05/2003 a 31/05/2003

*ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.
COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.*

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Por bem resumir a controvérsia até a presente fase processual, transcreve-se o relatório do acórdão da DRJ (fls. 33):

Trata o processo de manifestação de inconformidade apresentada em 13/07/2009, em face da não homologação da compensação declarada por meio do Per/Dcomp nº 08428.65162.140906.1.3.045441, nos termos do despacho

decisório emitido em 22/06/2009 pela DRF em Curitiba/PR (rastreamento nº 842577175).

Na aludida Dcomp, transmitida eletronicamente em 14/09/2006, a contribuinte indicou um crédito de R\$ 449,19 (que corresponde a parte de um pagamento efetuado em 13/06/2003, sob o código 2172, no valor de R\$ 3.230,90), e um débito de Cofins (2172), do período de apuração 08/2006, vencido em 15/09/2006, no valor original de R\$ 689,73.

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 de maio de 2003, no valor de R\$ 3.230,90.

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.

Voto

Conselheiro Solon Sehn

O sujeito passivo teve ciência da decisão no dia 03/10/2011 (fls. 35), interpondo recurso tempestivo em 20/10/2010 (fls. 38). Assim, presentes os demais requisitos de admissibilidade do Decreto nº 70.235/1972, o mesmo pode ser conhecido.

O exame dos autos mostra que razão assiste ao Recorrente, porque, até o início da vigência da não-cumulatividade da Cofins, a hipótese de incidência da contribuição encontrava-se disciplinada pela Lei nº 9.718/1998 e pela Lei Complementar nº 70/1991. Estas, por sua vez, definiam o “fato gerador” do tributo nos seguintes termos:

Lei Complementar nº 70/1991:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Lei nº 9.718/1998:

Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as

alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

Art.3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§1º Entende-se por receita bruta 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. (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

A Lei Complementar nº 70/1991, como se vê, restringia a materialidade do tributo ao faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias ou da prestação de serviço de qualquer natureza. Não havia previsão para a incidência sobre receitas financeiras, o que somente ocorreu após a Lei nº 9.718/1998, que, através do seu art. 3º, §1º, ampliou o âmbito normativo da contribuição, de modo a compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

O §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, porém, foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do RE nº 346.084/PR:

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. (STF. T. Pleno. RE 346.084/PR. Rel. Min. ILMAR GALVÃO. Rel. p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO. DJ 01/09/2006).

Esse entendimento foi reafirmado pela jurisprudência do STF no julgamento de questão de ordem no RE nº 585.235/RG, decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B), no qual também foi deliberada a edição de súmula vinculante sobre a matéria:

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. (STF. RE 585235 RG-QO. Rel. Min. CEZAR PELUSO. DJ 28/11/2008).

Assim, apesar de ainda não editada a súmula vinculante, deve ser aplicado o disposto no art. 62-A do Regimento Interno, reproduzido anteriormente, o que implica o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998.

Não é possível, entretanto, o provimento integral do recurso, porquanto 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.

Logo, impõe-se o afastamento da questão prejudicial acolhida pela DRJ, com o consequente prosseguimento do exame do mérito da compensação realizada pelo Recorrente, o que, por sua vez, deve ser realizado pela instância *a quo*, sob pena de supressão de instância.

Vota-se, assim, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para determinar o retorno dos autos à instância *a quo*, para fins de apreciação do mérito.

(assinado digitalmente)

Solon Sehn - Relator