



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.926598/2009-72
Recurso Voluntário
Resolução nº 3003-000.087 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 17 de junho de 2020
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente CONSTRUTORA TOMASI LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência para que a Unidade de Origem apure a composição da base de cálculo da Contribuição COFINS com base na documentação apresentada e na escrita fiscal e contábil, relativo aos períodos de apuração apontados na Declaração de Compensação, a correção dos valores inicialmente pleiteados correspondentes à indevida ampliação da base de cálculo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e se é suficiente e disponível para a extinção dos débitos objetos da declaração de compensação sob litígio, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Antonio Borges, Lara Moura Franco Eduardo e Muller Nonato Cavalcanti Silva.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos:

Trata o processo de manifestação de inconformidade apresentada em 29/07/2009, em face da não homologação da compensação declarada por meio do Per/Dcomp nº 31087.58821.101006.1.3.04-4084, nos termos do despacho decisório emitido em 07/07/2009 pela DRF em Curitiba/PR (rastreamento nº 843134236).

Na aludida Dcomp, transmitida eletronicamente em 10/10/2006, a contribuinte indicou um crédito de R\$ 9.571,52 (que corresponde a parte de um pagamento efetuado em 15/02/2002, sob o código 2172, no valor de R\$ 34.815,88), e um débito de Cofins (2172), do período de apuração 09/2006, vencido em 13/10/2006, no valor original de R\$ 4.789,73.

Fl. 2 da Resolução n.º 3003-000.087 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10980.926598/2009-72

Segundo o despacho decisório, cientificado em 14/07/2009, 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 janeiro de 2002, no valor de R\$ 34.815,88.

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.

Encaminhado para julgamento, foi proferido, em sessão de 13/07/2011, Acórdão (nº 06-32.664) unânime pela 3ª Turma da DRJ Curitiba, não reconhecendo o direito creditório e considerando improcedente a manifestação de inconformidade.

Cientificada, a interessada ingressou com recurso voluntário dirigido ao CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais onde insiste na alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 e clama pela observância do art. 62-A do Regimento Interno do CARF e pela consequente homologação da compensação pleiteada.

Em sessão de 12/11/2014, após análise, foi proferido acórdão unânime (nº 3802-003.924) pela 2ª Turma Especial da 3ª Seção de Julgamento do CARF (fls. 43/47), dando parcial provimento ao recurso para determinar o retorno dos autos à DRJ CTA para manifestação “sobre a materialidade do crédito reclamado.”

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR) julgou improcedente a manifestação de inconformidade. O fundamento adotado, em síntese, foi a falta de comprovação do direito creditório pleiteado, com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO DO CARF. LAVRATURA DE NOVO ACÓRDÃO PARA A ANÁLISE DE MÉRITO.

Em virtude de decisão proferida pelo CARF, aprecia-se, em novo acórdão, o mérito da questão em relação à qual há acórdão anterior com declaração de incompetência para análise de alegação de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins.

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO.

Para fins de homologação de compensação declarada pelo contribuinte, o direito creditório decorrente de recolhimento indevido ou a maior em virtude da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo relativo ao alargamento da base de cálculo da Cofins deve ser comprovado mediante documentação hábil e idônea.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, através de Recurso Voluntário apresentado, no qual alega preliminar de nulidade da decisão recorrida e, no mérito,

Fl. 3 da Resolução n.º 3003-000.087 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10980.926598/2009-72

repisa as alegações da manifestação de inconformidade, pleiteando ainda a juntada de documentação comprobatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, inclusive quanto à competência das Turmas Extraordinárias, portanto dele toma-se conhecimento.

A questão posta em discussão cinge-se ao direito ao crédito de COFINS pago com base no art. 3º, § 1, da Lei nº 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade da decisão recorrida por cerceamento ao direito de defesa, entendo que não assiste razão à recorrente.

O instituto da compensação está previsto no artigo 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

In casu, o contribuinte apresentou declaração de compensação de débitos diversos e apontou o documento de arrecadação (DARF) referente a Contribuição, como origem do crédito, alegando “pagamento indevido ou a maior”, conforme disposto nas normas regulamentadoras.

A fundamentação da não homologação da compensação pleiteada reside no cotejo entre as próprias declarações apresentadas pelo contribuinte e os documentos apontados como origem do direito creditório. A análise eletrônica do PERDCOMP se deu com base nas declarações ativas quando da apresentação do mesmo.

Uma vez que o direito creditório não foi reconhecido, a compensação foi não homologada e o sujeito passivo foi cientificado e intimado a efetuar o pagamento dos débitos indevidamente compensados com os respectivos acréscimos legais.

Fl. 4 da Resolução n.º 3003-000.087 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10980.926598/2009-72

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, não se está analisando efetivamente o 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.

Foi o que ocorreu no presente caso, em que a recorrente já na fase litigiosa informou a origem do indébito e, posteriormente, juntou a documentação comprobatória que entendeu embasar o seu direito.

A decisão de primeira instância, apesar de reconhecer que após o julgamento proferido pelo CARF restou superada a questão relacionada à inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, foi fundamentada na falta de documentação hábil, idônea e suficiente para comprovação do direito creditório, de modo a dar a conhecer ao contribuinte as razões de fato e de direito que levaram ao indeferimento de sua manifestação de inconformidade. Assim não verifico nenhuma das hipóteses listadas no art. 59 do Dec. 70235/72 a ensejar a nulidade da decisão recorrida.

Quanto à alegação de que a Instância *a quo* deveria ter determinado a realização de diligências, em sede de ressarcimento/compensação compete ao contribuinte o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, consoante a regra basilar extraída do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), artigo 373, inciso I, entendendo a autoridade julgadora que na manifestação de inconformidade não teriam sido apresentadas as provas adequadas e suficientes à comprovação do crédito compensado, sendo que a realização de eventuais diligências deve ser determinada pela autoridade julgadora apenas quando esta entender necessárias e imprescindíveis à formação da sua convicção.

Quanto ao mérito, conforme reconhecido na decisão recorrida, restou superada a questão relacionada à inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998 com a decisão da 2ª Turma Especial da 3ª Seção de Julgamento do CARF, com a qual concordo.

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

Fl. 5 da Resolução n.º 3003-000.087 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10980.926598/2009-72

consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobreposição 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, 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 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 343/2015 do Ministro da Fazenda, com alterações da Portaria MF nº 152, de 2016, que dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, conforme colacionado acima.

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 dos 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)

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, ultrapassada a questão prejudicial relacionada à incompetência para a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, verificamos que a decisão recorrida considerou como impedimento para o deferimento do pleito o fato do

Fl. 6 da Resolução n.º 3003-000.087 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10980.926598/2009-72

contribuinte não ter apresentado documentação hábil e idônea capaz de dar suporte aos valores pleiteados.

A recorrente, não obstante entender que a própria Receita Federal poderia verificar a existência de “outras receitas” por meio das informações prestadas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, ou determinado a apresentação de documentos comprobatórios pela contribuinte, com fulcro no princípio da verdade material, pleiteia em sede recursal a juntada de documentação comprobatória.

De fato, o entendimento predominante deste Colegiado é no sentido da prevalência da verdade material, que ademais é um dos princípios que regem o processo administrativo, não havendo norma procedimental condicionando a apresentação de PER/DCOMP à prévia retificação de DCTF, embora seja este um procedimento lógico, devendo ser consideradas as declarações apresentadas como indício de prova dos créditos sem no entanto conferir a liquidez e certeza necessários ao reconhecimento do direito creditório advindo do pagamento a maior e a homologação das compensações.

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 compensação, com base no argumento de que não teriam sido apresentadas as provas adequadas e suficientes à comprovação do crédito compensado, quando tal questão não fora abordada no âmbito do Despacho Decisório eletrônico guerreado.

Para embasar o seu direito a recorrente apresentou, conforme consta no recurso Voluntário:

- Relatório do valor do crédito de janeiro de 2002 (Anexo I);
- Demonstrativo das receitas financeiras de janeiro a março de 2002 (Anexo II);
- Demonstrativo das receitas de aluguéis de janeiro a março de 2002 (Anexo III);
- Memória de cálculo de PIS e COFINS (Anexo IV);
- Razão contábil da conta de aluguéis (Anexo V);
- Razão contábil da conta de receitas financeiras (Anexo VI), e - DIPJ com demonstração das receitas (Anexo VII).

Da análise da documentação apresentada, verifica-se que outras receitas compuseram a base de cálculo da contribuição em desacordo com o conceito de faturamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Neste sentido, os documentos colacionados são indícios de prova dos créditos e, em tese, ratificam os argumentos apresentados.

Fl. 7 da Resolução n.º 3003-000.087 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10980.926598/2009-72

Em que pese o direito da interessada do exame dos elementos comprobatórios, para que não haja supressão de instância, uma vez que os documentos apresentados não foram objeto de verificação quando da emissão do respectivo despacho decisório, nem tampouco foram utilizados como fundamento para aquela decisão, compete à DRF de origem apreciar a documentação juntada à manifestação de inconformidade e ao recurso voluntário, a fim de que seja verificada a ocorrência ou não de erro na apuração da contribuição devida e o consequente direito creditório advindo do pagamento a maior.

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

a) apure a composição da base de cálculo da Contribuição COFINS com base na documentação apresentada e na escrita fiscal e contábil, relativo aos períodos de apuração apontados na Declaração de Compensação, a correção dos valores inicialmente pleiteados correspondentes à indevida ampliação da base de cálculo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e se é suficiente e disponível para a extinção dos débitos objetos da declaração de compensação sob litígio.;

b) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de trinta dias.

Após a conclusão da diligência, retornar o processo a este CARF para julgamento.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges