



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

Processo nº 10980.926602/2009-01
Recurso nº 922.770 Voluntário
Acórdão nº **3803-002.542 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 16 de fevereiro de 2012
Matéria DCOMP. PAGAMENTO A MAIOR OU INDEVIDO.
Recorrente CONSTRUTORA TOMASI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/06/2004

Ementa: PIS. RECONHECIMENTO PELO STF – INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO.

Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09.11.2005, apreciando recursos extraordinários (RE 346084PR, RE 357950RS, RE 358273RS e RE 390840MG), bem como, o RE 527602/SP em sessão de 05/08/2009 com repercussão geral, considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO PROFERIDA PELO STF NO RITO DO ART. 543-B DO CPC. APLICAÇÃO DO ART. 62-A DO RICARF.

Em se tratando de recurso extraordinário com repercussão geral submetido à apreciação do Supremo sob o crivo do art. 543-B do Código de Processo Civil, há que ser observada disposição prevista no Regimento Interno deste Conselho, art. 62-A.

COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO A MAIOR OU INDEVIDO. COMPROVAÇÃO.

Compete ao contribuinte a apresentação de livros de escrituração comercial e fiscal ou de documentos hábeis e idôneos à comprovação do alegado sob pena de acatamento do ato administrativo realizado.

COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO.

Para a homologação da DCOMP transmitida pelo sujeito passivo, é necessária a demonstração da liquidez e certeza do crédito de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Recurso Voluntário Negado.

Direito Creditório Não Reconhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em negar provimento ao recurso por maioria de votos, vencidos os conselheiros Jorge Victor Rodrigues (relator) e Juliano Eduardo Lirani, que deram provimento parcial ao recurso. Designado para a redação do voto vencedor o Conselheiro João Alfredo Eduão Ferreira.

[assinado digitalmente]

ALEXANDRE KERN - Presidente.

[assinado digitalmente]

JORGE VICTOR RODRIGUES - Relator.

[assinado digitalmente]

JOÃO ALFREDO EDUÃO FERREIRA - Redator designado.

EDITADO EM: 19/03/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern, Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafetá Reis, João Alfredo Eduão Ferreira, Jorge Victor Rodrigues e Juliano Eduardo Lirani.

Relatório

Versa o presente processo sobre Declaração de Compensação, transmitida em 15/03/2007, por meio da qual buscou o contribuinte compensar crédito de Pis/Pasep no valor de R\$ 1.986,15 (que corresponde a parte de um pagamento efetuado em 15/07/2004, sob o código 8109, no valor de R\$ 6.244,31), com débito da mesma contribuição social, do período de apuração 10/2006, vencido em 14/11/2006, no valor original de R\$ 927,78.

Em Despacho Decisório, a unidade de origem não homologou a compensação tendo em vista que o crédito indicado para a compensação havia sido totalmente utilizado na extinção do débito de PIS de junho de 2004, no valor de R\$ 6.244,31.

Cientificada (14/07/2009), apresentou Manifestação de Inconformidade, na qual aduz que apurou crédito de Pis e Cofins em razão do reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo dessas contribuições e aproveitou parte do referido crédito para compensar débitos nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

Explica que apurou o crédito na competência de junho de 2004, apresentando como base de cálculo o valor de R\$ 305.561,80 (receitas financeiras) e alíquota de 0,65%, e chegando ao valor de R\$ 1.986,15 (sem receitas financeiras). Alerta que no processamento do

Per/Dcomp o sistema não conseguiu localizar o crédito porque na DCTF o débito foi declarado integralmente, inclusive com a parcela inconstitucional incidente sobre as receitas financeiras no valor de R\$ 1.986,15. Por questões formais de preenchimento do Per/Dcomp, indicou como origem do crédito o DARF em que se deu o recolhimento.

A DRJ/CTA não homologou a compensação sob o fundamento de que não compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento apreciar a inconstitucionalidade de lei tributária, conforme ementa que trasladamos a seguir:

*ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
Período de apuração: 01/06/2004 a 30/06/2004 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

Cientificada em 11/08/2011, a contribuinte apresenta Recurso Voluntário em 02/09/2011 onde repisa a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições sociais e fundamenta seu pedido no RE nº 585235 QO-RG/ MG, com Repercussão Geral, pugnando pela aplicação do 62-A do RICARF para reconhecer seu direito à compensação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Jorge Victor Rodrigues

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade pelo que dele tomo conhecimento.

Conforme extraímos do relatório, cinge-se a controvérsia quanto à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do parágrafo primeiro, do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e seus efeitos concretos no processo que ora apreciamos.

Como na Manifestação de Inconformidade a ora Recorrente trouxe a conhecimento o RE nº 357950, sem qualquer indício aparente de Repercussão Geral, assumiu a DRJ de piso tratar-se de mera decisão proferida em sede de controle difuso apta a gerar

somente efeito *inter partes*. Por tal razão, entendeu aquela Delegacia Julgadora não ser o caso para aplicação do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.¹

Já no Recurso Voluntário, para dar maior credibilidade aos seus argumentos, fundamentou a contribuinte sua peça recursal no RE 585235 QO-RG / MG, este com Repercussão Geral reconhecida pelo Plenário da Corte Constitucional, cuja ementa transcrevemos a seguir:

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 585235 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871)

Em que pese a instância administrativa não estar autorizada a apreciar a inconstitucionalidade de lei tributária, encontra-se assente tanto na jurisprudência judicial quanto administrativa que o parágrafo primeiro, do art. 3º da Lei nº 9.718/98 ampliou demasiadamente o conceito de receita bruta. Incluiu no conceito todo e qualquer ingresso de receita contabilizado pela empresa, pouco importando a origem e classificação contábil.

De fato, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09.11.2005, apreciando recursos extraordinários (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG), bem como, o RE 527602/SP em sessão de 05/08/2009 com repercussão geral, considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. A síntese do julgado foi noticiada pelo Informativo de Jurisprudência nº 408 daquela Corte, nos seguintes termos:

"Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, cujo art. 3º, § 1º, define o conceito de faturamento ("Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por

¹ Art. 1.º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

(...)

Art. 4.º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados; II não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União; III sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição; IV sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. 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.

ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”) – v. Informativos 294, 342 e 388. O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 – o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) –, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF (“Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”). RE 346084/PR, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, 9.11.2005. (RE-346084)” (grifamos)

Em se tratando de recurso extraordinário com repercussão geral submetido à apreciação do Supremo sob o crivo do art. 543-B do Código de Processo Civil, há que ser observada disposição prevista no Regimento Interno deste Conselho, art. 62-A, o qual determina a reprodução das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C do CPC, pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Salienta-se, ainda, que o inciso XII, do art. 79, da Lei nº 11.941/2009 retirou do mundo jurídico o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718, revogando-o, e consolidando o entendimento retratado reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal e reproduzido neste voto.

Ante o exposto, voto por dar PROVIMENTO PARCIAL ao presente recurso voluntário e homologar a compensação declarada pelo contribuinte nos autos deste processo administrativo fiscal, determinando seu retorno à delegacia de origem para que apure a existência do crédito, bem como sua disponibilidade para quitar os débitos declarados pela contribuinte, nos termos acima expostos.

Jorge Victor Rodrigues - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro João Alfredo Eduão Ferreira

Em que pese o notável saber jurídico demonstrado pelo Il. Conselheiro Relator do processo em epígrafe, peço vênia para discordar, em parte, dos argumentos que embasaram o provimento parcial do pleito consubstanciado no recurso voluntário da contribuinte. Isto porque, ao meu sentir, o deferimento do pedido não é a melhor saída no presente caso.

Muito embora já esteja consolidado neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF a inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta das contribuições para o PIS e COFINS trazida no bojo do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, o qual prevê como receita bruta tributável todo e qualquer ingresso de receita contabilizado pela empresa, pouco importando a origem e classificação contábil, há que se observar que a Recorrente não trouxe qualquer elemento de prova aos autos aptos a comprovar o crédito gerado por meio do procedimento descrito na peça vestibular.

A Construtora Tomasi Ltda. narra que apurou o crédito na competência de junho de 2004, apresentando como base de cálculo o valor de R\$ 305.561,80 (receitas financeiras) e alíquota de 0,65%, e chegando ao valor de R\$ 1.986,15 (sem receitas financeiras).

O sistema da RFB não localizou o crédito porque o débito foi declarado com a parcela incidente sobre a totalidade das receitas, no valor de R\$ 1.986,15, ao final, indicou como origem do crédito o DARF em que se deu o recolhimento, o que motivou a não homologação da compensação tendo em vista que este mesmo DARF foi utilizado para quitar débito do PIS, período de junho de 2004, no valor de R\$ 6.244,31.

Como regra, impende a quem alega o ônus da prova. A ambos, administração fazendária e contribuintes, cabe a produção de provas que proporcionem condições de convicção ao julgador favoráveis à sua pretensão.

No direito tributário deve-se sempre triunfar a verdade material dos fatos, desta feita, cabe à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade através da omissão da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária.

Frisa-se que, em casos como este, em que o contribuinte alega a existência de crédito, sobre este recai a responsabilidade da apresentação de todos os elementos de provas que demonstrem a cabal existência do crédito pretendido, desta forma, a apresentação de tais documentos oferecem maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, assegurando ampla defesa ao contribuinte, para que o mesmo não seja maculado além do expressamente previsto na legislação tributária.

Diante disto, competirá exclusivamente ao contribuinte, exhibir as provas técnicas, contábeis e jurídicas de que suas operações não se realizaram ao arrepio da lei, sob pena de acatamento do ato administrativo realizado .

Ademais, em se tratando de compensação tributária, há necessidade da comprovação da liquidez e certeza do crédito, conforme prevê o artigo 170 do Código Tributário Nacional (CTN), abaixo transcrito:

"Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública."

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso voluntário, mantendo o despacho decisório de fls. 13.

Sala das sessões, em 15 de fevereiro de 2012.

[assinado digitalmente]

João Alfredo Eduão Ferreira – Redator designado



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

TERMO DE ENCAMINHAMENTO

Processo nº: 10980.926602/2009-01

Interessada: CONSTRUTORA TOMASI LTDA

Encaminhem-se os presentes autos à unidade de origem, para ciência à interessada do teor do Acórdão nº **3803-002.542**, de 16 de fevereiro de 2012, da 3ª. Turma Especial da 3ª. Seção e demais providências.

Brasília - DF, em 16 de fevereiro de 2012.

[Assinado digitalmente]

Alexandre Kern

3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente