



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.937613/2009-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-001.172 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de março de 2020
Recorrente BALAROTI COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA.

É do Contribuinte o ônus de comprovar a certeza e liquidez do crédito tributário mediante a apresentação de documentação hábil e idônea

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencido o conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante (relator), que lhe deu provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcos Roberto da Silva.

(assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva – Presidente e redator designado.

(assinado digitalmente)

Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Roberto da Silva, Francisco Martins Leite Cavalcante e Luis Felipe de Barros Reche.

Relatório

Em 23/10/2009, foi emitido eletronicamente despacho decisório (fl. 2) de nº 84774997, referente aos PER/DCOMP nº 13977.39382.050209.1.7.04-7981, pelo qual não foi homologado o pedido de compensação no valor de R\$ 802,46, ao fundamento de que somente o Poder Judiciário pode reconhecer créditos decorrente da alegada inconstitucionalidade da COFINS. O contribuinte indicou crédito de R\$ 802,46 e um débito de Cofins, relativo à julho de 2006, no valor original de R\$ 1.132,59, arrecadado em 15 jan. 2004.

Em 24/03/2010, o interessado entrou com manifestação de inconformidade (fls. 11-16), esclarecendo que apurou crédito tributário de PIS e COFINS, decorrentes do fato de haver sido declarada pelo STF a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, através do RE 457553-1, em sessão plenária de 09/11/2005. Alega-se que, na compensação efetuada pelo contribuinte, por questões formais de preenchimento do PERD/COMP, que exige a indicação da origem do crédito, foi indicado que o crédito estava vinculado ao DARF em que se deu o recolhimento, motivo pelo qual o sistema não localizou o crédito. Em defesa de seus argumentos elencou o Acórdão nº 204-02819, da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes, de 17/10/2007, o qual admite a compensação sem DARF e impede o lançamento sem que seja averiguada a legitimidade do crédito (fl. 14).

Destacou também que a compensação é uma das formas de extinção do crédito tributário de acordo com o art. 56, do CTN, e invocou jurisprudência da 1ª Turma, do TRF-4, em MS nº 2006.71.08.000770-9/RS, de 18/04/2007. Por fim, afirmou que o sujeito passivo tem direito, independentemente do prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade de seu pagamento, segundo art. 165, do CTN.

Em 25/04/2012, os membros da 3ª turma da DRJ/CTA proferiram Acórdão (fls. 48-51) julgando IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade do sujeito passivo, ao fundamento básico de que, para a comprovação da origem do crédito, o contribuinte não apresentou prova material suficiente para que se pudesse aferir a liquidez e certeza de sua pretensão. Sustentou mais que a inconstitucionalidade de dispositivos legais não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, e que somente podem ser reconhecidos pelo Poder Judiciário. Cita-se, no mesmo sentido, a Súmula nº 2 do CARF e o art. 26-A do Dec. Nº 70.225/72, e julgou totalmente improcedente a pretensão deduzida pela empresa recorrente.

O contribuinte foi intimado em 30 de outubro de 2014 (AR, fls. 61) e em 18 de novembro de 2014 ingressou com Recurso Voluntário, alegando preliminarmente a nulidade do acórdão com base no art. 59, II, Dec. 70.235/72, haja vista a negativa de vigência do art. 31 do mesmo decreto. Sustentou também que o acórdão recorrido não analisou a norma supracitada, justificando o pedido de anulação do acórdão. Em seguida, sustentou que a decisão do STF não teve efeito *erga omne*, embora tenha ocorrido pela sistemática de repercussão geral, e que a análise de tais argumentos é de competência do CARF, o que ensejaria a reforma do acórdão no sentido de homologar a compensação realizada pelo contribuinte.

Em seu recurso voluntário (fls. 65/71) esclareceu o contribuinte que, com relação à comprovação material do crédito, o documento contábil referido e exibido com a manifestação de inconformidade (fls. 11/16) comprovaria a existência de créditos no período correspondente a DCOMP apresentada, fato confirmado também pela planilha de cálculo de COFINS exibida com o recurso (fls. 75/78). E arrematou (fls. 68), *verbis*.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 585.235, reconhecendo sua repercussão geral (sistemática prevista pelo art. 543-B do CPC), declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei nº 9.718/1998, *verbis*.

RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS, COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedente do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, DJ de 1º.9.2006, REs nºs 367.950/RS, 356.2723/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.

Decisão. O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Plenário, 10.09.2008 (STF, RE 585.235 QQ-RG/MG, Sessão Plenária, Relato Min. CEZAR PELUSO, DJe de 27.11.2008).

Em conclusão de seu apelo, invocou o contribuinte a regra então constante do art. 62-A do RICAF, pugnando pelo provimento do apelo e reforma do acórdão recorrido, a fim de que a declaração de compensação seja homologada, em decorrência da declarada inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, para reconhecer o crédito de R\$ 802,46 objeto do primitivo PER/DCOMP.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator.

O recurso é tempestivo, uma vez que a empresa foi notificada do teor da decisão recorrida em 30 de outubro de 2014 (fls. 61), e a empresa ingressou com Recurso Voluntário em 20 de novembro daquele mesmo ano (fls. 65/71). Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, tomo conhecimento do apelo do recorrente.

Aspecto Preliminar

Em preliminar, alega o recorrente a nulidade do acórdão, com base no art. 59, II, Dec. 70.235/72, haja vista a negativa de vigência do art. 31 do mesmo decreto, ao fundamento de que o acórdão recorrido não analisou a norma supracitada, justificando o pedido de anulação do acórdão (fls. 67/68).

Data vênica, não procede a preliminar suscitada, seja porque ausente os pressupostos ensejadores da nulidade de decisão ou acórdão, seja porque os despachos e acórdãos foram proferidos por agentes capazes e com poderes legais para tanto, seja ainda porque não houve preterição ao direito de defesa do recorrente.

Ademais, os aspectos suscitados na manifestação de inconformidade (fls. 11/17) foram julgados com estrita observância da norma de que cuida o art. 31 do PAF, aprovado pelo Decreto 70.235/1972, ou seja, do acórdão constou a ementa (fls. 48), o relatório (fls. 50), a fundamentação referindo-se ao objeto do pedido de compensação e à manifestação de inconformidade, expressou suas razões de defesa e concluiu com a parte dispositiva (fls. 50/52). Logo, não há falar em preterição ao direito de defesa da parte.

No presente caso, pois, verifica-se evidente que incorreu o alegado preterição ao direito de defesa, uma vez que, mesmo que de forma genérica, a decisão de piso analisou todos os argumentos objeto da manifestação de inconformidade cotejadamente com os aspectos legais pertinentes à matéria em julgamento posto que dela constou a descrição dos fatos e os fundamentos que embasaram a decisão, tanto que permitiram que o contribuinte exercesse o contraditório e o seu pleno direito de defesa, sendo certo que somente a ausência dessas citadas

formalidades poderia implicar em nulidade, como já decidido por este Conselho, no julgamento que resultou no acórdão nº 1301-003.728, cuja parte da ementa pertinente a matéria em discussão transcrevo seguir, *verbis*.

.....(omissis).....

LANÇAMENTO. NULIDADE POR PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O lançamento atendeu aos preceitos legais e contém a descrição dos fatos, a fundamentação ou a motivação da infração e a capitulação legal, entre outros requisitos, que permitiram que o contribuinte exercesse o contraditório e o direito de defesa. Somente a ausência dessas formalidades implicaria a nulidade do lançamento por preterição do direito de defesa. (Acórdão nº 1301-003.728).

.....(omissis).....

Diante do exposto, e ausentes os pressupostos que poderiam ensejar a alegada nulidade por preterição ao direito de defesa do contribuinte, rejeito a suscitada preliminar.

Aspectos de mérito

Como relatado, trata-se de Pedido de Restituição de créditos de Cofins, referentes a pagamento efetuado indevidamente ou ao maior no período de apuração setembro de 2000, no valor de R\$ 802,46, transmitido através do PER nº 13977.39382.050209.1.7.04-7981, e decorrente de pagamento indevido em virtude do fato de que o Supremo Tribunal Federal – STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei 9.718/98, em decisão já transitada em julgado.

Alega o sujeito passivo que apurou crédito tributário de PIS e COFINS, decorrentes do fato de haver sido declarada pelo STF a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, através do RE 457553-1, em sessão plenária de 09/11/2005, esclarecendo que, na compensação efetuada pelo contribuinte, por questões formais de preenchimento do PERD/COMP, que exige a indicação da origem do crédito, foi indicado que o crédito estava vinculado ao DARF em que se deu o recolhimento, motivo pelo qual o sistema não localizou o crédito.

A pretensão do sujeito passivo foi julgada improcedente pela decisão de piso ao argumento básico de que “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” (fls. 48), e fundamentou (fls. 51), *verbis*.

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 nem comprovado 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*.

Em seu recurso, o contribuinte reitera seus argumentos impugnatórios, suscitando preliminar de nulidade do julgado a quo por entender que fora ele proferido com preterição ao seu legítimo direito de defesa, prática rejeitada pelo inciso II, art. 59,. Do PAF (Decreto 70235 de 1972).

Nos aspectos de mérito, sustentou que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento quanto a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS, inclusive com o reconhecimento de repercussão geral na sistemática prevista pelo art. 543-B do CPC, cujo resultado é de aplicação obrigatória no âmbito administrativo, por força da regra então expressa no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho. A propósito, transcreveu o seguinte julgado proferido pelo STF, *verbis*.

RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS, COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedente do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, DJ de 1º.9.2006, REs nºs 367.950/RS, 356.2723/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.

Decisão. O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Plenário, 10.09.2008 (STF, RE 585.235 QQ-RG/MG, Sessão Plenária, Relato Min. CEZAR PELUSO, DJe de 27.11.2008).

Como se verifica dos autos, e consoante claramente demonstrado pela manifestação de inconformidade e pelo recurso voluntário, o crédito perseguido pelo sujeito passivo tem origem no pagamento a maior decorrente do fato incontroverso de que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei 9.718/98, que havia alargado indevidamente a base de cálculo dos PIS/PASEP e da COFINS. Assim, tem-se como extrema de dúvida que a discussão da matéria está superada pela Suprema Corte que, inclusive, aplicou a repercussão geral no RE nº 585.235, de 10.09.2008, entendimento este que tem força vinculante perante este Conselho nos exatos termos do § 2º, art. 62, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Consequentemente, ao meu sentir não resta a menor dúvida de que a recorrente pagou a maior a COFINS objeto do processo, na medida em que, até a decisão final do STF, veio calculando e recolhendo o tributo com o alargamento da base de cálculo ampliada pelo supracitado § 1º, art. 3º, da Lei 9.718/98, norma esta excluída do mundo jurídico por decisão do Supremo transitada em julgado. Logo, entendo que é líquido e certo o direito da empresa em receber por compensação ou restituição o valor pago a maior e, por isto mesmo, pago indevidamente.

A matéria em debate tem farta jurisprudência neste Conselho e também nesta 1ª Turma Extraordinária que, em sessão de 11 de junho de 2019, editou o Acórdão 3001-000.845 de minha relatoria, assim ementado (na parte pertinente à declaração de inconstitucionalidade em comento), *verbis*.

.....(omissis).....

II RECEITAS FINANCEIRAS. INCONSTITUCIONALIDADE BASE DE CÁLCULO. JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. ART. 62A DO RICARF.

É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998. Precedente: RE 585.235, Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 28/11/2008, Tema nº 110 da Repercussão Geral.

Porque pertinente ao assunto, transcrevo a seguir trechos do meu voto que resultou no supracitado Acórdão 3001-000.845, *verbis*.

De outra parte, sustenta a empresa em seu Recurso Voluntário que é inegável o direito da recorrente à restituição do indébito decorrente da inclusão, na base de cálculo da contribuição em foco, de valores que escapavam ao conceito de faturamento, dada a inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei n. 9.718/1998, vigente na época dos fatos que deram origem ao perseguido crédito.

Relevante ressaltar que a norma constante do § 1º, art. 3º, da citada Lei 9.718/98, ampliou significativamente a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS ao prescrever que nela fosse considerada a **totalidade das receitas** auferidas pela pessoa jurídica, e não simplesmente o seu faturamento.

Consequentemente, com a retirada dessa norma do mundo jurídico tem-se como extreme de dúvida que tudo aquilo que foi pago a maior ao Fisco foi considerado indevido a partir da declaração de inconstitucionalidade e com efeito para toda a sociedade e não apenas para as partes envolvidas.

A propósito, convém transcrever parte dos argumentos desenvolvidos no Recurso Voluntário do contribuinte (fls. 115/116), *verbis*.

Com o intuito de evitar repetições desnecessárias, a requerente destaca que essa discussão se encontra totalmente superada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/98, conforme se verifica pela análise da seguinte ementa, proferida quando do julgamento do RE n. 390840/MG, em 9.11.2005:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE ARTIGO 3º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI N. 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 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. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS/PASEP. - RECEITA BRUTA – NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO PARAGRAFO 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9718/98.

A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-se à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. E inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998, 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." (grifos da requerente).

Registre-se, ademais, que inúmeros outros recursos extraordinários já foram decididos nesse mesmo sentido, sendo que, atualmente, não há mais qualquer controvérsia sobre essa matéria perante a Suprema Corte. Citem-se, por exemplo, os REx nºs 585.235, de 10.9.2008, 479.612, de 11.5.2006, 346.084, de 09.11.2005, entre tantos outros.

Saliente-se, inclusive, que a matéria já foi até considerada pelo STF como de REPERCUSSÃO GERAL e será objeto de súmula vinculante oportunamente, como

pode ser observado pela leitura de parte do voto do eminente Ministro Cezar Peluso, no RE n. 585.235, de 10.09.2008, *verbis*.

Isto posto, baseado em que os fundamentos são os mesmos e, a meu ver, a fortiori não há motivo por que o regime aprovado não se estenda aos recursos que já estão distribuídos nos gabinetes:

a) reconheço a existência de repercussão geral no tema objeto do presente recurso;

b) reafirmo a jurisprudência firmada nesta Corte acerca da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei n. 9718/98, para negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional; e

c) proponho a edição de súmula vinculante a respeito do assunto. (Destacamos).

O tema também já foi objeto de pronunciamentos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e de algumas Turmas e Câmaras do CARF, como se constata da leitura das ementas dos Acórdãos seguintes.

PIS. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. PARÁGRAFO 1º, ARTIGO 3º, LEI Nº 9.718/198. INCONSTITUCIONALIDADE. RECEITAS FINANCEIRAS.

Com a declaração da inconstitucionalidade do § 1º, artigo 3º, da Lei nº 9.718/198 a qual alargou a base de cálculo da COFINS e do PIS nos autos do Recurso Extraordinário nº 346.084/PR, dentre outros, o Supremo Tribunal Federal afastou de uma vez por todas a tributação sobre as receitas financeiras e outras, estranhas à atividade da empresa, restabelecendo, por conseguinte, a base de cálculo do PIS e da COFINS como o faturamento, assim entendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. De conformidade com o artigo 49, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, os julgadores desse Colegiado poderão afastar a aplicação de leis ou atos normativos, quando declarados inconstitucionais em sessão Plenária do STF de forma definitiva. (Acórdão n. 0203.640, proferido pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais).

COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO.

A compensação de ofício somente pode ser realizada nos casos previstos na legislação. Base de Cálculo Alargamento Aplicação de Decisão Inequivoca do STF. Possibilidade. Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal. Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep, até a vigência da Lei 10.637/2002, voltou a ser o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços. A partir da vigência dessa lei, a base de cálculo do PIS/Pasep, é o faturamento, mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Recurso especial da Fazenda Nacional provido e Recurso especial do Sujeito Passivo provido em parte.

(Acórdão nº 9303001.717, de 07.11.2011).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo pretendido pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, em julgamento sintetizado na seguinte ementa:

“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. Sobrepe-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."

(Recurso Extraordinário nº 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio)

Este entendimento do Plenário do STF deve ser aplicado em relação ao presente caso concreto, com amparo no art. 62-A e seu parágrafo único, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 ((atual art. 62, § 2º, do RICARF).

Na mesma linha e com o mesmo posicionamento cuidou a Câmara Superior de Recursos Fiscais de aplicar o idêntico entendimento sobre o mérito da questão, no âmbito administrativo, concluindo categoricamente que :

A base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006. (Acórdão nº 0203.757, j. 11/02/2009).

Neste mesmo sentido também já posicionou-se este Eg. Conselho nos seguintes precedentes, *verbis*.

BASE DE CÁLCULO. *A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.*

(Acórdão 340300.312, Processo 10580.002107/200402, Rel. Cons. Antônio Carlos Atulim, j. 29/04/2010).

(...) BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DISTINTAS DO FATURAMENTO.

A base cálculo para apuração do PIS e a COFINS se restringe tão só ao faturamento da empresa, conforme decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/99, que promoveu o alargamento da base de cálculo destas contribuições. (...)

(Acórdão 3403-000.816, Processo 10680.720418/200500, Rel. Cons. Domingos de Sá Filho, j. 04/02/2011).

PIS, ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98, AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL, EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, o que permite a este Conselho Administrativo aplicar esta interpretação, com fundamento no art. 26A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09.

Recurso Provido em Parte

(Acórdão 340300.471, Processo 10384.003078/200595, Rel. Cons. Robson Jose Bayerl, j. 01/07/2010)

PIS. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços.

RECEITA FINANCEIRA. ALUGUEL. SUBVENÇÕES E INCENTIVOS FISCAIS.

Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições, as receitas financeiras – assim compreendidos os descontos obtidos, dividendos e os ganhos de aplicações financeiras, bem como, em relação às “Outras Receitas Operacionais”, os valores correspondentes a locação, créditos presumidos de IPI e de ICMS e outros subsídios.

(Acórdão 340300.566, Processo 10410.004617/200204, Rel. Cons. Ivan Allegretti, j. 29/09/2010)

(...)PIS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VARIAÇÃO CAMBIAL.

O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições as variações cambiais. (...)

(Acórdão 3403000.081, Processo 18471.002940/200222, Rel. Cons. Ivan Allegretti, j. 03/02/2011)

Consequentemente, entendo como extreme de dúvida que o melhor direito encontra-se com o contribuinte, devendo ser reconhecido seus créditos decorrentes dos valores de tributos pagos indevidamente – e por isto mesmo, considerados como pagos a maior que o valor devido – durante a vigência da norma contida no § 1º, art. 3º, da Lei Federal nº 9.718/1998, banida do mundo jurídico por decisão transitada em julgado proferida pela Suprema

Corte com reconhecimento de repercussão geral, os quais deverão ser restituídos à recorrente na forma pretendida pelo primitivo pedido de compensação.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO no sentido de tomar conhecimento, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, para DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do recorrente.

(assinado digitalmente)

Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcos Roberto da Silva – Redator designado

Considerando o bem redigido voto do ilustre Conselheiro Relator Francisco Martins Leite Cavalcante, ousou divergir do seu entendimento, como será visto a seguir.

A discussão objeto da presente demanda versa sobre suposto crédito de COFINS tendo por base hipotéticos valores recolhidos a maior decorrentes da contribuição incidente sobre Receitas Financeiras nas quais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Convém destacar que não há reparos a serem feitos no que concerne a discussão em torno da inconstitucionalidade apresentada tanto pela Recorrente quanto pelo voto do i. relator. De fato a jurisprudência dos Tribunais Superiores e deste Conselho Administrativo é pacífica no sentido da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições para o PIS e da COFINS, sendo aquela caracterizada tão somente pelo faturamento da sociedade empresária no qual compreende a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e serviços.

Inicialmente o Despacho Decisório indeferiu o pleito tendo em vista que partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Na manifestação de inconformidade a ora Recorrente afirma que a origem do crédito deriva do seguinte cálculo (dados extraídos da impugnação e constante da e-fl. 12):

O crédito da COFINS utilizado nesta compensação originou-se da seguinte maneira:

Competência	DEZ/2003
Receitas Financeiras	R\$ 26.748,63
Alíquota Aplicada	3,00%
Valor da COFINS s/ Rec. Financeiras	R\$ 802,46

A decisão de piso manteve o indeferimento do despacho decisório, sob os seguintes argumentos:

A interessada reclama a homologação da compensação, afirmando que o seu crédito encontra respaldo em decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 (RE 4575531). Quanto à origem do crédito alegado, no entanto, nenhuma prova material é apresentada. (grifos do original)

A Recorrente discorre em sua peça processual que as informações das citadas Receitas Financeiras constam da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) apresentada, comprovando-se a existência dos créditos pleiteados.

Repare que um dos fundamentos utilizados pela decisão de piso para julgar improcedente a Manifestação de Inconformidade foi a ausência de prova material do crédito alegado. Portanto, necessária a apresentação de documentação hábil e idônea para suportar o pleito.

Insta ainda destacar que o presente Colegiado tem acompanhado a tendência de se mitigar os rigores das regras preclusivas contidas no processo administrativo fiscal, para acolher as provas apresentadas nesta instância recursal. Contudo, para sua aplicação é necessária a apresentação pormenorizada por parte da recorrente dos elementos indispensáveis para comprovação das suas alegações, em especial dos créditos efetivamente pretendidos por meio de provas documentais hábeis e idôneas (escrituração contábil e fiscal).

Frise-se que, em termos de direito creditório e de demonstração da sua certeza e liquidez, **o contribuinte possui o ônus de prova** do direito invocado, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, o que, no presente caso, não ocorreu.

Portanto, não havendo demonstração do crédito favorável ao contribuinte, tal qual informado em sua PER/DCOMP, não há que se falar em homologação da compensação do débito declarado.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva