



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

Processo n° 10983.908301/2009-67
Recurso n° 862.374 Voluntário
Acórdão n° **3801-001.626 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 28 de novembro de 2012
Matéria DCOMP ELETRÔNICA
Recorrente CENTRAIS ELÉTRICAS DE SANTA CATARINA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/12/2003

COFINS/PIS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO - APLICAÇÃO DE DECISÃO DO STF NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL - POSSIBILIDADE.

Nos termos regimentais, reproduz-se as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na sistemática de repercussão geral. 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, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Excelso STF.

COMPENSAÇÃO. RECONHECIMENTO DO DIREITO CREDITÓRIO. CRÉDITO CERTO E LÍQUIDO.

Caracterizado o recolhimento a maior da contribuição Cofins é cabível o reconhecimento do direito creditório até o valor apurado em diligência fiscal e a homologação da compensação.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes – Presidente e Relator.

Processo nº 10983.908301/2009-67
Acórdão n.º **3801-001.626**

S3-TE01
Fl. 11

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, José Luiz Bordignon, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antônio Borges e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

CÓPIA

Relatório

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

Trata o presente processo de Declaração de Compensação - DCOMP, apresentada pela contribuinte com o fim de ver compensado débito seu com crédito relativo a pagamento indevido ou a maior, referente a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC pela não homologação da compensação (Despacho Decisório juntado aos autos), fazendo-o com base na constatação da inexistência do crédito informado.

Irresignada com a não homologação integral de suas compensações, encaminhou a contribuinte manifestação de inconformidade, na qual expõe suas razões de irresignação.

Inicialmente, alega a contribuinte que o recolhimento efetuado via DARF se conforma como "pagamento indevido ou a maior", porque no cálculo da contribuição devida teria sido indevidamente utilizado como base de cálculo o critério definido na Lei n.º 9.718/1998 (teria havido a indevida inclusão das receitas financeiras e não operacionais). Entende a contribuinte que o alargamento da base de cálculo promovida por este ato legal é inconstitucional, e elenca extensivamente as razões pelas quais assim entende (tais razões não serão, entretanto, aqui minudentemente relatorizadas, em face daquilo que se prolatará no voto deste acórdão). Assim, em razão da pretensa inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições sociais trazido pela Lei n.º 9.718/1998 e da conseqüente majoração indevida da contribuição devida apurada, entende a contribuinte que há recolhimento a maior a ensejar a compensação pleiteada.

Ao final, defende a contribuinte seu direito genérico à compensação, afirmando não ter incorrido em qualquer das vedações legais ao procedimento repetitório.

A DRJ em Florianópolis (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E
INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS
INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO*

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes

para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

COMPENSAÇÃO. REQUISITO DE VALIDADE

A compensação de créditos tributários depende da comprovação da liquidez e certeza dos créditos contra a Fazenda Nacional.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, instruído com a identidade de advogado emitida pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo. Em síntese, apresentou as mesmas alegações suscitadas na manifestação de inconformidade, acrescentando basicamente que:

- se a lei já foi declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Egrégio Supremo Tribunal Federal, podem os órgãos de julgamento entender pela sua inconstitucionalidade e afastar a sua aplicação;

- trata-se da possibilidade de um órgão da administração deixar de aplicar urna norma inconstitucional, desde que essa já tenha sido assim declarada em decisão plenária pelo órgão máximo do Poder Judiciário;

- se a lei autoriza os órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade quando o órgão máximo do Poder Judiciário assim já declarou, em decisão plenária, DEVE esse Colendo Conselho afastar a aplicação do disposto no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e reconhecer a legitimidade do crédito pleiteado pela Requerente e, por consequência, declarar homologada a compensação, visto que foram observados todos os ditames do artigo 74 da Lei nº 9430/96.

Finalizando seu recurso, requereu que esse Colendo Conselho desse provimento integral ao presente Recurso Voluntário.

Em face do bom direito da recorrente, o processo, em julgamento unânime, foi convertido em diligência para a apuração da correta composição da base de cálculo da contribuição com base na escrituração fiscal e contábil, segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Outrossim, solicitou-se que fosse informado se a recorrente havia proposto ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal.

A DRF de origem atendeu o solicitado na Resolução e esclareceu que:

a) não consta ação judicial questionando a base de cálculo da contribuição, segundo informação do contribuinte;

b) com base no balancete a base de cálculo da contribuição importa em R\$ 305.805.883,48;

c) foi regularizada a representação processual.

Processo nº 10983.908301/2009-67
Acórdão n.º **3801-001.626**

S3-TE01
Fl. 14

A contribuinte foi devidamente cientificada do teor da diligência e manifestou-se no prazo que lhe foi concedido, tendo concordado com o seu teor.

Assim, os autos administrativos retornaram a esse colegiado para julgamento.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele tomo conhecimento.

Assiste razão à recorrente, conforme será demonstrado.

Como fundamentado na Resolução, 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 "receita bruta" da pessoa jurídica, e esta seria "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".

Ocorre, todavia, que o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e a Cofins, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98.

Os aludidos acórdãos foram assim ementados:

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.

Em outra oportunidade, a Excelsa Corte (STF), por unanimidade, ao apreciar o recurso extraordinário nº 585235, DJ nº 227 do dia 28/11/2008, reconheceu a existência de repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme decisão transcrita abaixo:

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 do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. (...)(grifou-se)

O acórdão proferido no referido recurso extraordinário, DJ 28-11-2008, teve a seguinte 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.

Outrossim, o Decreto nº 70.235/72, que rege o processo fiscal, estabelece:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade"*

(...)

*§6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:**

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;**

*(...)” *Nova redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009*

Destarte, são inúteis e desnecessárias eventuais discussões de outras teses sobre o conceito de faturamento. As autoridades administrativas têm que se submeter ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e, de fato, atribuir eficácia em relação ao mérito.

Neste sentido, alterou-se o Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministro da Fazenda, com alterações das Portarias 446/2009 e 586/2010. O artigo 62-A dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973,

Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.
{*}

(...)

{*} alterações introduzida pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de 22.12.2010 (grifou-se)

Além do mais, em consonância com o entendimento da Excelsa Corte, a Lei nº 11.941/09 revogou expressamente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Convém ressaltar que o direito à repetição de indébito está previsto no artigo 165 do Código Tributário Nacional – CTN, *verbis*

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

(...)

Quanto ao direito à restituição do indébito, Luciano Amaro em Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 420, esclarece:

O direito à restituição do indébito encontra fundamento no princípio que veda o locupletamento sem causa, à semelhança do que ocorre no direito privado.

No caso em discussão, o direito creditório se apresentou líquido e certo nos termos da diligência fiscal. Assim sendo, pelos documentos comprobatórios colacionados aos autos, e em especial a diligência fiscal realizada pela Delegacia de origem, constata-se que em relação ao período de apuração em discussão, o contribuinte tem um crédito de pagamento a maior da contribuição no valor do crédito original utilizado na DCOMP, R\$ 306.313,08.

Em remate, ficou caracterizado o direito creditório pleiteado vinculado à compensação efetuada.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário e reconhecer o direito creditório pleiteado (atualizável pela taxa Selic) relativo a pagamento indevido e homologar a compensação.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Relator

Processo nº 10983.908301/2009-67
Acórdão n.º **3801-001.626**

S3-TE01
Fl. 18

CÓPIA