



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 12893.000238/2007-91
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3001-000.845 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 11 de junho de 2019
Recorrente CITROSUCO S/A AGROINDUSTRIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 01/08/1999

I - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Constatada a existência de erro material no julgamento do recurso voluntário, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, para corrigir o acórdão, a fim de examinar o tema sobre o qual paira a omissão.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os Embargos de Declaração para, retificando o Acórdão nº 3001-000.528, de 16/10/2018, com efeitos infringentes, alterar a decisão recorrida e dar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte.

(assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente.

(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.

Fl. 2 do Acórdão n.º 3001-000.845 - 3ª Sejl/1ª Turma Extraordinária
Processo nº 12893.000238/2007-91

Relatório

Em 16.10.2018, a Primeira Turma Extraordinária da Terceira Seção deu provimento ao recurso voluntário interposto por CITROSUCO S/A AGROINDÚSTRIA, para “*considerar devida a restituição dos valores pagos e comprovados em setembro de 1999 e, consequentemente, declarar válida a compensação processada pelo sujeito passivo e objeto do presente processo*” (fls. 115), cuja ementa segue abaixo reproduzida:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 01/08/1999

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.

PRESCRIÇÃO. TESE DOS 5+5. DECADÊNCIA

O prazo prescricional de 5 (cinco) anos, para as ações de repetição de indébito ou de compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, previsto na Lei Complementar nº 118/2005, é aplicável tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005” (fls. 109)

A UNIÃO, por intermédio das razões de fls. 117-119, opõe embargos de declaração, no qual ressalta que não se debate nos autos a contagem do prazo prescricional de restituição. Reforça que a única matéria tratada versa sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, já reconhecida pelo STF. Pede a correção do acórdão.

O Presidente da 1ª Turma Extraordinária da 3ª Seção expediu, às fls. 122-126, despacho no qual DEU SEGUIMENTO aos empregados de declaração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator.

Conforme relatado, trata-se de embargos de declaração, no qual a União afirma que não se debate nos autos a contagem do prazo prescricional de restituição. Reforça que a única matéria tratada versa sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, já reconhecida pelo STF. Pede a correção do acórdão.

O acórdão 09-52.853, de fls. 74-80, a 2ª Turma da DRJ/JFA, considerou IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade para NÃO RECONHECER o direito creditório no valor de R\$ 11.090,02 pleiteado no Pedido de Restituição de fls.03. A ementa bem sintetiza os temas abordados, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 05/09/2007

RESTITUIÇÃO. DESPACHO. DESNECESSÁRIA INTIMAÇÃO PRÉVIA.

É legítimo o despacho efetuado com os elementos necessários e suficientes para indeferir o pedido de restituição, sem a prévia intimação da contribuinte para prestar esclarecimentos.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deverá ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito do interessado em fazê-lo em outro momento processual, a menos que demonstre, com fundamentos, a impossibilidade de apresentação por motivo de força maior; refira-se a fato ou direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PERÍCIA/DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Deve ser indeferida a diligência/perícia, que, além de não preencherem os requisitos formais previstos no art. 16, inciso IV, e § 1º, do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993, também são desnecessárias, tendo em vista que, para comprovar os fatos alegados na manifestação de inconformidade, bastaria a juntada, aos autos, da documentação comprobatória, nos termos do art. 15 do Decreto nº 70.235/1972.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 05/09/2007

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

As decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de recurso extraordinário, que reconheceram a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições, surtem efeitos jurídicos apenas entre as partes envolvidas nos processos e, para que tal entendimento seja estendido aos órgãos julgadores da RFB, necessário o preenchimento de alguns requisitos legais, bem como a prévia edição, pela PGFN, de ato que expresse manifestação no mesmo sentido.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. PREVISÃO LEGAL.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Somente as parcelas legalmente autorizadas podem ser excluídas da base de cálculo, não se enquadrando nessa situação os valores devidos a título de ICMS.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

No recurso voluntário de fls. 88-98, por sua vez, o Contribuinte tratou apenas do reconhecimento do direito de restituição dos valores indevidamente pagos a título de contribuição para o PIS, referente a agosto de 2002, sobre valores estranhos ao conceito de faturamento, quais sejam, receitas financeiras e ICMS, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal. E, completa: na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS somente deveriam ter sido incluídos pelo Contribuinte, ora Embargado, os valores correspondentes ao seu faturamento, ou seja, os ingressos que correspondem às suas receitas das vendas de mercadorias

e da prestação de serviços, dada a inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei n. 9718, declarada inconstitucional pelo STF. E, ao final, postula o reconhecimento do direito à plena restituição da contribuição ao PIS calculado sobre (i) as receitas financeiras e outras receitas operacionais e (ii) o ICMS, devidamente acrescido da remuneração pela taxa SELIC.

Como se percebe, **assiste razão à Embargante**, na medida em que o tema relacionado à contagem do prazo prescricional de restituição (tese dos 5+5), efetivamente não constou do acórdão recorrido e do recurso voluntário, motivo por que se passa ao exame do recurso voluntário.

Mérito do Recurso Voluntário

Como alhures já relatado, trata-se de processo administrativo decorrente de pedido de restituição de valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao PIS, referente ao mês de agosto de 2002.

Fundamentou-se o acórdão recorrido no entendimento de que a tese da empresa não pode prosperar pelo fato de que a declarada inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei 9.718/1998, não gerou efeitos **erga omnis**, tanto que tal norma só veio a ser revogada em 27 de maio de 2009, através da Lei 11.941.

Extraí-se do Acórdão guerreado (fls. 93) que "à época dos fatos, as bases de cálculo do PIS/Pasep e Cofins eram reguladas pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e, segundo a interessada, os débitos haviam sido calculados com base em tais dispositivos." E prosseguiu, verbis.

Portanto, como determinava o §1º do art. 3º acima, a receita bruta (faturamento) correspondia à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, só se admitindo as exclusões previstas no §2º do mesmo artigo.

O citado §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, 1998 só foi excluído do mundo jurídico por meio do inciso XII do art. 79 da Lei nº 11.941, de 2009 que o revogou, sendo que essa lei só teve vigência a partir de 28/05/2009, data de sua publicação no Diário Oficial da União, como determina seu art. 80.

A ampliação da base de cálculo das contribuições deu início a batalhas jurídicas que questionaram sua constitucionalidade e o STF, no julgamento de alguns Recursos Extraordinários (RE), decidiu-se pela inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

No entanto, essas decisões do STF só valeram para as partes envolvidas naqueles processos, uma vez que proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 5.869, de 1973).

Ocorre que, além destas manifestações judiciais do STF inclusive em julgamentos realizados nos termos dos arts. 543-B e C do CPC, para que tal entendimento possa ser estendido aos órgãos julgadores da Receita Federal, é necessária a prévia edição, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de ato que expresse manifestação no mesmo sentido, conforme determina o §5º do art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não se pronunciou sobre a questão, até a presente data, ficando o alcance das decisões ainda restritos aos participantes dos processos.

Portanto, não há no mundo jurídico decisão judicial que permita a este colegiado afastar a aplicação do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que definiu um conceito ampliado de receita para fins de apuração das bases de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS.

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 extrema 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. 9718, 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. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - P/S - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 3º DA LEI N. 9718/1998. 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. É 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. cite-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 de assunto. (Destacamos).

Não é demais ressaltar que o inciso I, parágrafo 6º, art. 26-A, incluindo no Decreto 70.235/72 através da Lei 11.941/2009, determina que, nos casos de lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF, os órgãos de julgamento da Administração Fiscal Federal devem afastar sua aplicação consoante o entendimento exarado na decisão. Diz a citada norma:

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. ".

Norma semelhante foi expressa também no § 2º, art. 62 do RICARF, *verbis*.

Art. 62(omissis).....

§ 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) (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 - o qual alargou a base de cálculo da COFINS e do P/S - 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 P/S 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. 02-03.640, 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 Inequívoca 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 9303-001.717, de 07.11.2011)

Consequentemente, tem-se como extrema de dúvida que o melhor direito encontra-se com o contribuinte, devendo ser reconhecido seus créditos decorrentes dos valores de tributos pagos a maior durante a vigência da norma contida no § 1º, art. 3º, da Lei Federal nº 9.718/1998, que deverão ser restituídos à recorrente porque foram pagos indevidamente a título de contribuições para o PIS, referentes ao mês de agosto de 2002, referentes aos valores estranhos ao conceito de faturamento, quais sejam, receitas financeiras e ICMS, consoante vem se pronunciando o Supremo Tribunal Federal a respeito e também o CARF e a CSRF.

Conclusão

Desta forma, VOTO no sentido ACOLHER os Embargos de Declaração da Fazenda Nacional, concedendo-lhe efeitos infringentes da decisão anterior para, modificando o Acórdão nº 3001-000.528 - Turma Extraordinária / 1ª Turma, proferido em 16 de outubro de 2018, e DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do contribuinte para reconhecer o direito de ser a recorrente restituída dos valores pagos indevidamente a título de contribuições para o PIS durante o mês de agosto de 2002, referentes aos valores estranhos ao conceito de faturamento, quais sejam, receitas financeiras e ICMS

(assinado digitalmente)

Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator

