



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13886.000220/2007-41
Recurso Voluntário
Resolução nº 3003-000.091 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 17 de junho de 2020
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente FENIX EMPREENDIMENTOS SA
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 nos pedidos de restituição e 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, 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 presente processo de manifestação de inconformidade contra indeferimento de pedido de restituição no valor de R\$ 41.815,97 referente a créditos de Cofins do período de abril de 2002 a janeiro de 2004 que teria sido recolhido a maior.

A DRF de Piracicaba/SP, por meio de despacho decisório de fl. 11/15, indeferiu o pedido de restituição porque o pagamento supostamente recolhido a maior havia sido integralmente utilizado na quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição.

Na manifestação de inconformidade de fls. 18/22, a interessada argumentou que os valores recebidos a título de receitas financeiras e outras receitas não poderiam integrar a base de cálculo da contribuição, cuja majoração foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 346.084/PR, do qual transcreveu a ementa.

Fl. 2 da Resolução n.º 3003-000.091 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13886.000220/2007-41

Lembrou ainda que, após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, o próprio § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que majorou a base de cálculo do PIS e da Cofins, foi revogado com o advento da Lei nº 11.941/2009, art. 79, XII.

Advogou a aplicação do entendimento do STF pelas autoridades fazendárias, citando ementas de acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que reconhece a declaração de inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, mesmo em controle difuso, dado o seu efeito vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ.

Por fim, reiterou fazer jus ao crédito pleiteado no PER/DCOMP por se tratar de contribuição calculada sobre receitas que não integram seu faturamento.

A fim de comprovar o seu direito creditório, a interessada juntou apenas uma planilha discriminando os valores recolhidos a maior em cada período de apuração. Não apresentou cópia do livro diário ou balancete do período correspondente ao pedido, nem livro razão ou qualquer documentação fiscal discriminando as receitas financeiras e outras receitas que em sua alegação não fariam parte do faturamento.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/01/2004

AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, cujo efeito atinge apenas as partes da respectiva ação.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO. EFEITOS.

A competência para suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional incidentalmente, em controle difuso, é privativa do Senado Federal e gera sempre efeitos *exnunc*.

REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO SEM LEI ESPECÍFICA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Permanecendo válida a lei com todos os seus efeitos, enquanto não retirada do mundo jurídico, a Constituição Federal veda expressamente a redução de base de cálculo de impostos, taxas ou contribuições sem uma lei específica que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/01/2004

PROVA DOCUMENTAL. PRECLUSÃO.

A prova documental do direito creditório deve ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual sem que verifiquem as exceções previstas em lei.

Fl. 3 da Resolução n.º 3003-000.091 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13886.000220/2007-41

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, através de Recurso Voluntário apresentado, no qual, em síntese, 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, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

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 consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepor-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. (STF, RE 390.840, j. em 09/11/2005)

Fl. 4 da Resolução n.º 3003-000.091 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13886.000220/2007-41

Destaque-se que o STF, no julgamento do RE n.º 585.235, publicado no DJE n.º 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 contribuinte não ter retificado a DCTF até a transmissão do PERDCOMP (sic) e não ter apresentado as provas documentais que embasassem o seu direito, sendo que estas deveriam ser produzidas até o momento processual da impugnação/manifestação de inconformidade, precluindo o direito da parte de fazê-lo posteriormente.

A recorrente, discordando da alegação de preclusão de prova documental, em razão do princípio da instrumentalidade e verdade material do Processo Administrativo Fiscal, pleiteia em sede recursal a juntada de documentação complementar 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

Fl. 5 da Resolução n.º 3003-000.091 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13886.000220/2007-41

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 pleiteado.

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 restituição com base no argumento de que não foram apresentadas as provas adequadas e suficientes à demonstração e comprovação da existência do indébito, quando tal questão não fora abordada no âmbito do Despacho Decisório guerreado.

Para embasar o seu direito a recorrente apresentou, conforme consta no recurso Voluntário, planilha de cálculo e os documentos anexos (Pedidos de Compensação, Pedido de Restituição e Livro do Razão Geral).

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.

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, bem como, se entender que é o caso, demais documentos que compõe a escrita fiscal e contábil, para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição e eventuais pagamentos 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 nos pedidos de restituição e 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;

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)

Fl. 6 da Resolução n.º 3003-000.091 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13886.000220/2007-41

Marcos Antonio Borges