



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

Processo nº 13971.906653/2009-13
Recurso nº 893023
Resolução nº **3801-000.151 – Turma Especial / 1ª Turma**
Data 8 de abril de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PEDREIRA VALE DO SELKE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLUÇÃO

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à DRF de origem, para informar se a interessada possui ação judicial com o mesmo objeto dos autos, e seu respectivo andamento, bem como apurar o valor devido da contribuição relativa ao período objeto do pedido, considerando apenas a venda de mercadorias e serviços.

(assinado digitalmente)
Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 12/05/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Magda Cotta Cardozo (Presidente), Flávio de Castro Pontes, Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo, Leonardo Mussi da Silva e José Luiz Bordignon.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo de Declaração de Compensação — PER/DCOMP, por meio da qual a contribuinte solicita compensação de valores que teriam sido indevidamente recolhidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, no período de apuração de novembro de 2002, no valor de R\$ 636,07 (v. folha 06).

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC pela não homologação da compensação declarada (Despacho Decisório juntado aos autos), fazendo-o com base na constatação da inexistência do crédito informado, pois o valor do “DARF discriminado no PER/DCOMP” havia sido “integralmente utilizado para quitação de débitos da contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP”.

Inconformada com a não-homologação da compensação, a contribuinte apresenta manifestação de inconformidade, às folhas 8 a 18, na qual alega a inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Defende a contribuinte que o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 9 de novembro de 2005, declarou a inconstitucionalidade do citado dispositivo, bem como a Lei nº 11.941/09 expurgou do ordenamento jurídico o referido dispositivo legal, confirmando seu pleito.

A contribuinte argumenta, ainda, a nulidade do Despacho Decisório por ausência de diligência sobre o crédito informado, nos termos do artigo 65 da Instrução Normativa nº 900/08”.

Delegacia de Julgamento em Florianópolis proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

PRELIMINAR. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

A autoridade competente para decidir sobre restituição/compensação poderá, ou seja, tem a faculdade de condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos, bem como tem a faculdade de determinar a realização de diligência. Se pela DCOMP apresentada já é possível concluir que o crédito pleiteado carece de liquidez e certeza, desnecessária a realização de diligência.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

Processo nº 13971.906653/2009-13
Resolução n.º **3801-000.151**

S3-C1T1
Fl. 62

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fls. 48 a 58, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

Conforme relatório acima, o motivo que fundamentou o indeferimento do pedido formulado pelo contribuinte e a conseqüente não homologação da compensação por ele pretendida foi a falta de comprovação de liquidez e certeza do crédito do sujeito passivo.

Em outros termos, o pagamento informado como origem do crédito, alegadamente indevido, estava indisponível em razão de estar vinculado a débito declarado em DCTF e, portanto, já tendo sido utilizado para quitação deste no sistema conta corrente. É o que se depreende da leitura do Despacho Decisório Eletrônico de fls. 06.

Tal fundamentação, por certo, decorre de análise superficial, realizada nos limites de sistema informatizado de informações (batimento entre o pagamento informado como indevido e sua situação no conta corrente – disponível ou não), no qual não se está analisando efetivamente o mérito da questão, cuja análise somente será viável a partir da manifestação de inconformidade apresentada pelo requerente, na qual, espera-se, seja descrita a origem do direito creditório pleiteado e sua fundamentação legal.

Considerando a referida fundamentação, a recorrente explica que em 03/02/2006 transmitiu a PER/DCOMP nº 27683.25861.030206.1.3.04-5930, por meio da qual declarou a compensação de um crédito de COFINS (2172) relativo à competência de novembro de 2002, já que na data de 13/12/2002 recolheu indevidamente (a maior), o valor originário de R\$ 636,07, visto que refere-se à sua incidência sobre as receitas não operacionais.

Aduz, também, que atualmente sequer mais existe a obrigação legal de recolher a COFINS sobre receitas que tenham natureza diversa de faturamento, seja em razão da determinação do STF (RE 346.084), seja ainda mesmo por conta da eliminação do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 do ordenamento jurídico, o que foi recentemente promovida pela Lei nº 11.941/2009.

Em resposta, a DRJ/Florianópolis/SC concluiu pela manutenção do indeferimento do pedido, sob o fundamento de que: (i) “o artigo 3º, §1º, da Lei n.º 9.718/1998 vigia no período de apuração em análise, não pode este juízo afastá-la, sob pena de, com isto, estar ultrapassando seus limites legais de competência” e (ii) “que a contribuinte não demonstra ser parte de nenhuma ação judicial que a beneficie. Até a presente data, o Supremo Tribunal Federal só tomou decisões acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, na via incidental, ou seja, as ações julgadas têm efeitos apenas para as partes, não se estendendo a terceiros com efeitos erga omnes”.

Entretanto, para o presente caso, deve-se ter em mente que a Lei nº 9.718/98 (conversão da Medida Provisória nº 1.724/98), ampliou o conceito de faturamento - base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins - definindo-o no §1º do art. 3º como sendo “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”.

Por sua vez, 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.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e

à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º.718/98, conforme ementa abaixo colacionada:

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.

Destaca-se, nesse aspecto, que a matéria foi reconhecida como de “Repercussão Geral” e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida no RE 585235, abaixo colacionado:

***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 do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.*

Assim, considerando-se o disposto no art. 62-A da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, alterada pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010 (¹Regimento

¹ 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 introduzidas pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de 22.12.2010).

Interno do CARF), deve-se afastar a tributação do PIS e da COFINS exigidas com base no disposto no art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998.

Destarte, é incontestável o direito da recorrente, visto que a presente lide tem como objeto principal a restituição parcial de contribuição paga a maior com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal (alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins).

Assim, levando-se em consideração o direito da interessada e o exame dos elementos comprobatórios, constata-se que os documentos apresentados são insuficientes para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição para a COFINS e eventuais pagamentos a maior.

Por outro lado, é notório que boa parte dos contribuintes recorreu ao Poder Judiciário em relação ao alargamento da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, o que implica, em tese, na renúncia à esfera administrativa.

Desse modo, pelo acima exposto, encaminho meu voto no sentido de converter o julgamento em diligência à DRF de origem, a fim de:

1. informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
2. apure o valor devido a título de contribuição para a COFINS com base na escrituração fiscal e contábil, período de apuração de novembro/2002, 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.
3. Cientificar a interessada do resultado da diligência, abrindo prazo para manifestação, se assim desejar;
4. Retornar o processo a este CARF para julgamento.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon