



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

**Processo nº** 15892.000007/2006-03  
**Recurso nº** 176662  
**Despacho nº** **3801-000.080 – 1ª Turma Especial**  
**Data** 28/02/2011  
**Assunto** Solicitação de Diligência  
**Recorrente** FIAÇÃO PESSINA S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a Delegacia de origem:

- a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
- b) apure a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins com base na escrituração fiscal e contábil, períodos de apuração de dez/2000 a jan/2004, 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;
- c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.

(assinado digitalmente)

Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Arno Jerke Junior, Andreia Dantas Lacerda Moneta e José Luiz Bordignon.

## Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos, em razão do princípio da economia processual:

*Trata o presente de pedido de restituição dos recolhimentos efetuados a título de Contribuição para a Seguridade Social – COFINS, referentes aos períodos de apuração dez/00 a jan./04, no valor total, de R\$ 52.219,00, conforme planilha de fl. 2. O pedido foi enviado pelo Correio em 10/01/2006, fl.11.*

*Alega o interessado que efetuou o recolhimento utilizando a base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998 – totalidade das receitas auferidas – e como tal dispositivo foi declarado inconstitucional, o ajustamento da base de cálculo revelou o indébito pleiteado.*

*A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Bauru, através do Despacho Decisório de fls. 13 a 15, indeferiu o pedido de restituição, com fundamento no fato que a argüição de inconstitucionalidade e/ou legalidade não são oponíveis na esfera administrativa.*

*Cientificado em 15/05/2006, fl. 16, o interessado apresentou manifestação de inconformidade em 02/06/2006, fls. 17/25, alegando, preliminarmente, que o órgão administrativo não pode deixar de aplicar a lei que entende inconstitucional e, assim, a decisão revela-se nula.*

*No mérito, argumenta que o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do RE 346084, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998, que estendeu o conceito de faturamento para todas as receitas do contribuinte. Assim, indevidos os recolhimentos da contribuição efetuados nos moldes do referido dispositivo.*

*Solicita o acolhimento integral do pedido de restituição.*

A DRJ em Ribeirão Preto (SP) indeferiu a solicitação, fls. 58 a 60, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718, DE 1998.*

*A base de cálculo da contribuição é o faturamento, correspondente à receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.*

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, fls. 64 a 70, instruído com os documentos de fls. 71 a 91. Em síntese, apresentou as mesmas alegações suscitadas na manifestação de inconformidade, acrescentando basicamente em preliminar que:

*- a nulidade da r. decisão "a quo" ante a possibilidade de a autoridade administrativa manifestar-se sobre matéria constitucional;*

- 
- o acórdão proferido tratou de questões que nem sequer foram trazidas à baila no transcorrer da presente demanda, sendo certo que, por outro lado, ignorou argumentos de curial importância ao deslinde da questão;
  - jamais levou a debate a competência da autoridade que proferiu o despacho do qual se originou este despacho;
  - não há óbices reais hábeis a respaldar a impossibilidade de a instância administrativa manifestar-se sobre os aspectos constitucionais da matéria, devendo ela, tão-somente, restringir-se a observar o fiel cumprimento das normas legais em vigor;
  - ao tribunal administrativo não é defeso pronunciar-se acerca da constitucionalidade de lei;
  - tendo a decisão "a quo", bem como o acórdão que a manteve deixado de apreciar fundamentos amplamente expostos pela Recorrente em sua impugnação, revela-se iniludivelmente NULA.

Por fim, requereu que fosse admitido o seu recurso e a reforma da r. decisão "a quo".

É o relatório.

## Voto

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele toma-se conhecimento.

Tenha-se presente que 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 à 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. 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.*

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. 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.*

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.

Com efeito, é incontroverso o bom direito da recorrente, visto que esse litígio administrativo 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 Excelso STF (alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins).

Em que pese o direito da interessada, do exame dos elementos comprobatórios, constata-se que, no caso vertente, os documentos apresentados são insuficientes para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins e eventuais pagamentos a maior. Consigne-se, por oportuno, que a interessada limitou-se em apresentar uma planilha denominada Cofins a Recuperar, fls. 02.

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.

Ante ao exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência, para que a Delegacia de origem:

- a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
- b) apure a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins com base na escrituração fiscal e contábil, períodos de apuração de dez/2000 a jan/2004, 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.
- c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.

Após a conclusão da diligência, retornar o processo a este CARF para julgamento.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Relator