



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

Processo nº 10850.000074/2007-73
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3801-000.862 – 1ª Turma Especial**
Data 13 de novembro de 2014
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente RODOBENS COMUNICACAO EMPRESARIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator. Ausente o Conselheiro Paulo Antonio Caliendo Velloso Da Silveira.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Paulo Sérgio Celani, Marcos Antonio Borges, Cassio Schappo, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Flávio De Castro Pontes (Presidente).

Relatório

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

Trata o presente de pedido de restituição (fl. 2) de créditos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), advindos de compensação a maior, referente ao período de julho de 2003.

O pedido refere-se à parcela da contribuição incidente sobre outras receitas além do faturamento, que seria indevida com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A DRF/São José do Rio Preto, por meio do despacho decisório de fls.39/44, indeferiu o pedido de restituição, por entender que a decisão do STF não teria efeitos erga omnes, apenas inter-partes. Assim, não atingiria a postulante.

Cientificada do despacho e inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 46/53, alegando, em resumo, que a ampliação da base de cálculo da contribuição, prevista no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 390840/MG e que o art. 26-A do Processo Administrativo Fiscal (PAF) determina que nos casos em que a lei tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF os órgãos de julgamento da Administração Federal devem afastar sua aplicação. Assim, requer a restituição da parcela da contribuição apurada sobre as receitas que não compõem o faturamento.

Conforme resolução de fls. 129/132, a 1ª Turma desta Delegacia de Julgamento, pelo fato de o débito que teria gerado o crédito objeto do presente pedido encontrar-se na situação "suspense", determinou o retorno do presente à unidade de origem para que se apurasse a situação do referido débito.

Conforme despacho de fl. 141, o citado débito foi integralmente compensado, estando suspenso débito de idêntico valor por ter sido cadastrado em duplicidade no processo que o controlava.

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: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/07/1999

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 ex nunc.

**AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.
INCONSTITUCIONALIDADE.**

A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, não gera efeitos erga omnes, sendo incabível sua aplicação a contribuintes que não façam parte da respectiva ação.

**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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho alegando, na essência:

- que o crédito pleiteado se refere à inclusão indevida, na base de cálculo da contribuição Cofins, de receitas estranhas ao conceito de faturamento dada a inconstitucionalidade do artigo 3o, parágrafo 1o, da Lei n. 9718/98;
- que os documentos juntados em sua manifestação de inconformidade são suficientes para comprovar o direito de crédito alegado, não obstante, para corroborar os fatos já demonstrados pela documentação carreada, requer a juntada aos presentes autos do livro razão, nos termos da alínea "c", do parágrafo 4o, do art. 16, do Decreto n. 70235/72, ficando o livro diário, em razão do extenso volume de documentos, à disposição desta ilustre câmara julgadora, caso entenda ser necessário;
- 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. 9718/98; bem como em recurso em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria;
- que a jurisprudência administrativa já se manifestou favoravelmente à aplicação, pelo fisco, das decisões que declararam a inconstitucionalidade do parágrafo 1o, do art. 3o, da Lei 9718/98, com fulcro no inciso I, do parágrafo 6o, do art. 26-A, incluído no Decreto n. 70235, de 6.3.1972, pela Lei n. 11941, de 27.5.2009 e também no Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF),

Processo nº 10850.000074/2007-73
Resolução nº **3801-000.862**

S3-TE01
Fl. 231

no seu art. 62, parágrafo 1o, inciso I, aprovado pela Portaria MF n. 256, de 22.6.2009;

Assim, postula a reforma da decisão a quo, a fim de que seja deferido o direito creditório pleiteado.

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, 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. 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. (STF, RE 390.840, j. em 09/11/2005)

Destaque-se que o STF, no julgamento do RE nº 585.235, publicado no DJE nº 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-A do 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, que dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, conforme colacionado acima.

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

No mais, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 11.941 de 27/05/2009 e o artigo 62 do RICARF, estabelecem estar 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, com exceção dos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, no que também se amolda o presente caso.

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 e que não teriam sido apresentadas todas as provas documentais que comprovassem a base de cálculo do tributo no período em questão.

Para embasar o seu direito a recorrente apresentou balancete de verificação, demonstrativo das receitas do período em questão que não se enquadram no conceito de faturamento e, posteriormente, em sede de recurso voluntário, cópia de balancete registrado no do Livro Diário

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.

A recorrente alega que a não retificação da DCTF não interfere na obrigação principal (recolhimento do imposto indevidamente) e, portanto, não impede o reconhecimento do direito creditório da recorrente e que o direito ao aproveitamento do crédito é corolário do princípio da legalidade.

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 PER/DCOMP à prévia retificação de DCTF, embora seja este um procedimento lógico, devendo ser considerada a documentação comprobatória apresentada, como indício de prova dos créditos sem no entanto conferir a liquidez e certeza necessários ao reconhecimento do direito creditório advindo do pagamento a maior.

No entanto, 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, procedimento esse que compete à Delegacia de origem.

Outra questão que não foi enfrentada pela autoridade julgadora *a quo* é que no caso vertente a recorrente informa que o indébito no qual se lastreia o crédito nele pleiteado não foi realizado por meio de recolhimento com guia DARF, mas através de compensação, formalizada por meio da declaração de compensação eletrônica, colacionando extrato de Declaração de Compensação - DCOMP e DCTF onde constam o débito compensado.

Em diligência requerida pela autoridade julgadora de 1ª instância para se apurar se houve liquidação do débito contestado, seja por meio de pagamento, seja por meio de compensação a Delegacia de origem constatou que “ o débito da Cofins do PA 07/2003 do contribuinte acima identificado, no valor de R\$ 9.503,54, controlado no processo nº 10850.720.026/2008-86, foi efetiva e integralmente compensado com crédito oriundo do processo nº 10850.900.574/2006-26 em que foi apreciado Saldo Negativo de IRPJ do exercício 2001, ano-calendário 2000”.

Para evitar supressão de instância, superada a questão prejudicial relacionada à incompetência para a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998 e a comprovação do valores compensados a maior, caso não se possa decidir do mérito a favor do sujeito passivo, entendo que devem os autos retornar à instância *a quo* para exame dessa matéria.

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;

Processo nº 10850.000074/2007-73
Resolução nº **3801-000.862**

S3-TE01
Fl. 235

b) 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)

Marcos Antonio Borges