



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

Processo n° 10950.000184/2006-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-001.697 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2012
Matéria COFINS
Recorrente INGÁ VEÍCULOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS.

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/01/2004.

COFINS. ART. 3º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 62, §1º, I, do RI-CARF. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO.

A base de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS é o faturamento e, em virtude de inconstitucionalidade declarada em decisão plenária definitiva do STF, devem ser excluídas da base de cálculo as receitas que não decorram da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. Aplicação do art. 62-A do RI-CARF.

COFINS. ART. 3º, §1º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

Em face da inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da contribuição a COFINS, promovida pelo art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, é cabível o deferimento da restituição do indébito, devendo a autoridade preparadora verificar a comprovação do pagamento indevido ou a maior para compor o crédito a ser deferido ao contribuinte. Sobre o crédito apurado incide correção pela incidência da SELIC desde a data do pagamento indevido ou a maior, na forma do §4º, do Art. 39, da Lei nº 9.250/95.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar **provimento parcial para afastar a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98.**

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (suplente), Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Silvia de Brito Oliveira e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Relatório

Versam os autos de Pedido de Restituição, protocolizado em 31/01/2006, mediante o qual o contribuinte tem a pretensão de reaver o valor de R\$ 66.282,80 (sessenta e seis mil, duzentos e oitenta e dois reais e oitenta centavos), atualizado até janeiro/06, relativos à COFINS recolhidas no período de dezembro de 2002 a janeiro de 2004, sob a alegação pagamento indevidos ou a maior que o devido, em decorrência da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do tributo, em virtude da inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº. 9.718/98.

Por meio de Despacho Decisório, a unidade de origem entendeu por não reconhecer o direito creditório do contribuinte, indeferindo o pedido de restituição. Alegou, para tanto, que não existiria previsão legal para deferir o direito ao crédito, já que a administração não poderia deixar de aplicar dispositivo legal vigente.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificado do indeferimento do pedido de restituição em 30/03/2007, o sujeito passivo apresentou Manifestação de Inconformidade, tempestiva, em 26/04/2007 e, em virtude da DRJ ter sintetizado os fatos de maneira clara e eficiente, transcrevo a síntese dos fatos por ela relatados quando da decisão de Primeira Instância:

“Discorre sobre a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS pela Lei n.º 9.718/1998 (art. 3.º, §1.º).

Alega que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, nos seguintes julgamentos: RE 346.084, RE 357.950, RE 358.273 e RE 390.480. Diz que a decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal é revestida de efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Além disso, aduz que o efeito vinculante das decisões de mérito proferidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal não pode estar limitado à parte dispositiva da decisão, devendo ser considerados os fundamentos determinantes da mesma.

Requer, pelo exposto, seja deferido o seu pedido de restituição.”

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise e atenção aos pontos suscitados pela interessada na impugnação apresentada, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR, proferiu o Acórdão de nº. 06-23.451, nos seguintes termos:

Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 29/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/04/2012 por GILSON MACEDO ROSENBU

RG FILHO

Impresso em 26/04/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

Impresso em 26/04/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS. OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS. INCLUSÃO.

A base de cálculo da COFINS, relativamente aos períodos objeto do pedido de restituição sob exame, é o faturamento (receita bruta) mensal, entendido como sendo a totalidade das receitas auferidas, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. Não havendo nenhuma autorização legal para excluir o valor das receitas financeiras e outras receitas operacionais, esse deve compor a base de cálculo das referidas contribuições.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”

Quanto a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718/98, ressalta que a vinculação do agente administrativo só deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo STF em apreciação de ação em que figure o contribuinte em questão, como parte na ação, o que não foi o caso, não havendo como a administração apreciar argumentos de inconstitucionalidade de Lei, pois que é função que cabe ao Judiciário.

Após todo o exposto, votou no sentido de não acolher a manifestação de inconformidade, indeferindo o Pedido de Restituição .

DO RECURSO

Ciente em 04/09/2009 da decisão e não concordando com ela não se conformando, o contribuinte apresentou em 05/10/2009 seu Recurso Voluntário dirigido a este Conselho.

Após fazer uma síntese dos fatos ocorridos até a data da apresentação do Recurso Voluntário, alegou que, diferente do sustentado pelo Despacho Decisório acerca de a Recorrente da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718/98, colaciona diversos julgados e aduz ser matéria já pacificada pela Egrégia Corte Suprema, e que vem sendo acatada em outros precedentes do extinto Conselho de Contribuinte, não podendo a Administração Pública deixar de observar as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal..

Após todo o exposto, requereu que fosse recebido e provido o recurso voluntário, acatando o pleito e reconhecendo o crédito pleiteado.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a este relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 01 (um) Volume, numerado até a folha 83 (oitenta e três), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento.

Da leitura do relatório, têm-se que a questão processual ora analisada afixa-se em pedido de restituição apresentado pelo contribuinte interessado, a título de COFINS, para o qual a autoridade jurisdicional competente e a Delegacia Regional de Julgamento de Curitiba, pronunciaram-se no sentido do indeferimento do pleito sob o argumento de ausência de previsão legal para ser deferida a restituição do indébito em questão, já que não poderia a Autoridade administrativa acolher argumentos de inconstitucionalidade de Lei.

Passo, então, a abordar cada um dos elementos que reputo importantes para o deslinde da questão posta sob julgamento.

1. Inconstitucionalidade do alargamento das bases de cálculo das contribuições ao Pis e a Cofins promovido pelo Art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98:

Quanto à inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, assiste razão à recorrente, pois que o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, transitado em julgado em 05.09.2006, declarou a inconstitucionalidade do preceito legal, de modo a afastar da incidência das contribuições ao Pis e a Cofins, as receitas que não tiverem origem no faturamento proveniente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

Vejamos a Ementa da decisão do Pretório Excelso:

“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 – Pleno – RE nº 390.840/MG – Ac. Por maioria – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 09.11.2005)

Tendo o STF tomado referida decisão, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendo que por ser posicionamento pacificado na Corte Suprema do país, a referida decisão passa a ser de observação obrigatória por todos os interpretes e aplicadores do direito, máxime a Administração Tributária, limitada que está pelo princípio da legalidade.

Neste sentido, o art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, prescreve que:

“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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou (...).”

Assim sendo, deve ser afastada a premissa da decisão recorrida, proferida pela DRJ, no que diz respeito à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições, passando a ter como indevidos os pagamentos feitos sob a égide do dispositivo declarado inconstitucional.

Assim, afiguram-se indevidos, ao menos em tese, o pagamento das contribuições ao PIS e à COFINS sobre receitas financeiras e outras receitas operacionais, que não se subsumam ao conceito de faturamento, assim entendido o produto da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da conjugação de ambos. Deve, portanto, ser observado o que do contrato social da recorrente conste como atividade operacional.

2. Análise das provas dos pagamentos indevidos ou a maior objeto do Pedido de Restituição:

A despeito de se ter por inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições ao Pis e a Cofins, cuja matéria restou pacífica no STF e de cumprimento obrigatório pelo Poder Público, a verdade é que esse posicionamento não leva, necessariamente, ao reconhecimento do direito creditório pleiteado pelo contribuinte. É necessário que haja prova de que houve pagamento indevido ou a maior para que se materialize o crédito em favor do contribuinte.

No caso em análise, está consignado pelo Despacho Decisório e se pode atestar pelo simples compulsar dos autos, que a recorrente acostou uma tabela demonstrando o cálculo e a atualização dos valores indevidamente recolhidos no período de dezembro/02 a janeiro/04 (fl. 06); cópia de DARF's e outros comprovantes de recolhimentos (fls. 07 a 23);

cópia de procuração (fls. 28 e 29); cópia do Contrato Social (fls. 24 a 27); cópia da sexta alteração contratual (fls. 30 a 36).

Assim, tem-se que há demonstração de recolhimentos, porém, para o acerto do valor do crédito proveniente do pagamento indevido ou a maior, será necessário que a Autoridade Preparadora proceda à verificação de quais valores compuseram as bases de cálculo do tributo nos referidos períodos de apuração, identificando os valores correspondentes ao faturamento, excluindo as receitas financeiras e as outras receitas operacionais (observando o que do objeto social se extrai como faturamento), para então, formar a correta base de cálculo do tributo, comparando, então, com os DARF's que comprovam o recolhimento, para, finalmente, se atestar a existência (ou não) de pagamento indevido e seu respectivo montante.

Apurado o crédito, sobre os valores originais incide correção pela incidência da SELIC desde a data do pagamento indevido ou a maior, na forma do §4º, do Art. 39, da Lei nº 9.250/95, até a data do efetivo aproveitamento dos créditos pelo contribuinte.

Assim, o provimento do recurso não é total, pois que não reconhece o crédito em si, mas atem-se ao julgamento da matéria de direito, cometendo a Autoridade Preparadora a avaliação das provas que amparem a existência e montante do crédito objeto do pedido de Restituição.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento parcial ao recurso**, para deferir o Pedido de Restituição e determinar que o valor do crédito seja liquidado pela autoridade preparadora, nos termos aqui expostos.

(Assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.