



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

Processo nº 10166.005807/2005-12
Recurso nº 155.124 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.020 -- 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2009
Matéria DECADÊNCIA; ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE;
Recorrente VIA SUL VEÍCULOS LTDA.
Recorrida DRJ-RECIFE/PE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2000

DECADÊNCIA. RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO DA COFINS.

O prazo para a contribuinte requerer a restituição do pagamento indevido da COFINS é de cinco anos contados da extinção do pagamento, conforme art. 168, I do CTN.

EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS DE RECEITAS TRANSFERIDAS À OUTRA PESSOA JURÍDICA.

A norma que autoriza a exclusão da base de cálculo da COFINS de valores transferidos à outra pessoa jurídica dependia de norma regulamentadora do Poder Executivo. Como a norma regulamentadora nunca foi editada, a autorização da exclusão nunca teve eficácia.

INCONSTITUCIONALIDADE. ÓRGÃO DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO É COMPETENTE PARA SE PRONUNCIAR. SÚMULA Nº02. *IN VERBIS*.

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

RETROATIVIDADE DA LEI.

Quando a lei não é expressamente interpretativa, não cabe sua retroação.

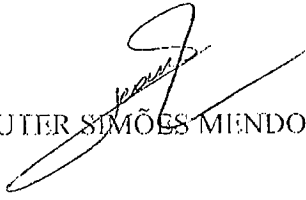
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente



JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Andréia Dantas Lacerda Moneta (suplente), Robson José Bayerl (suplente) Odassi Guerzoni Filho, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição (fls.01/02) no valor de R\$ 2.868.011,12 relativo a cobrança indevida da COFINS.

Conforme explicação da contribuinte constante no formulário de pedido de restituição (fl.01), o valor pleiteado é referente à cobrança indevida da COFINS sobre receitas transferidas para outra pessoa jurídica no período de fevereiro de 1999 a setembro de 2000. O pedido foi protocolizado em 06/06/2005.

Na Informação Fiscal (fls.192/193) o auditor informa que o inciso III do parágrafo 2º do art.3º da Lei nº 9.718/98, o qual se apóia o pedido, não foi regulamentado. A regulamentação dada pelo art. 3º da Lei nº 10.637/02, que foi citada pela contribuinte, serve apenas para o "PIS não-cumulativo", o que não é o caso.

Além disso, conforme o art.168 do CTN, o direito da contribuinte pleitear a restituição é de cinco anos, portanto, quando o pedido foi efetuado, o direito da contribuinte já estava decaído.

Antes de concluir, o auditor ainda salientou que nos autos não consta a prova de inclusão de valores transferidos a outras pessoas jurídicas, na base de cálculo da COFINS.

Por essas razões foi indeferido o pedido da contribuinte (fl.194).

Inconformada, a contribuinte protocolizou Manifestação de Inconformidade junto à Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ, em Recife/PE (fls.200/227).

Na preliminar da Manifestação de Inconformidade, a contribuinte atacou o prazo decadencial, alegando que o prazo de cinco anos começa a ser contado a partir do termo final dos cinco anos para a homologação tácita. Além disso, há posição pacífica dos Tribunais Superiores de que em caso de declarações indevidas, o prazo para a restituição passa a correr somente a partir do momento que o contribuinte torna-se ciente de seu direito à restituição.

Superiores de que em caso de declarações indevidas, o prazo para a restituição passa a correr somente a partir do momento que o contribuinte torna-se ciente de seu direito à restituição.

Ainda quanto à decadência, a contribuinte argumentou o seguinte:

“há de considerar-se que o próprio Decreto-Lei n° 2 052/83, que dispôs sobre a regulamentação das contribuições para o PIS-PASEP, em seu Art. 10, expressamente, prevê o prazo prescricional de dez anos para a cobrança da contribuição em tela, fato que pelo princípio da isonomia, sugere que também o mesmo prazo para a sua recuperação por parte do contribuinte”.(sic)

No mérito, a contribuinte argumentou que o inciso III, do parágrafo 2º, do art.3º, da Lei n° 9.718/98 determina que seja excluída da base de cálculo da COFINS os valores computados como receita que tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica.

O fato do Poder Executivo não ter editado norma regulamentadora não afasta a aplicabilidade da isenção, pois o dispositivo da Lei n° 9.718/98 é auto-aplicável.

Em seguida, a manifestante descreveu a respeito dos Princípios Constitucionais da Legalidade, da Capacidade Contributiva e o do Não Confisco.

Continuou a argumentação, afirmando que as Leis n°s 10.637/2002 e 10.833/2003, em seus arts. 3ºs regulamentaram o processo de exclusão da base de cálculo da COFINS dos valores já pagos sobre a receita de outras pessoas jurídicas. Sendo assim, essas leis podem retroagir, em conformidade com o art. 106, inciso I do CTN.

A DRJ julgou da seguinte forma (fls.231/242):

Uma vez pago a contribuição, o prazo para pleitear o ressarcimento é de cinco anos, contados da data do pagamento, conforme art. 168 do CTN.

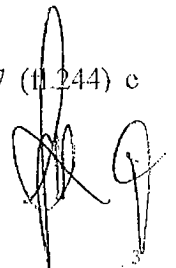
A contribuinte trouxe na sua manifestação várias razões de inconformismo baseadas em princípios constitucionais, ocorre que as alegações referentes à inconstitucionalidade e à legalidade não são oponíveis na esfera administrativa, pois essas questões estão reservadas ao poder judiciário.

No que concerne à retroatividade das Leis n°s 10.637/2002 e 10.833/2003, a DRJ não teceu considerações por essas normas já estarem fora do ordenamento jurídico vigente.

A DRJ ainda comentou que as decisões do judiciário não vinculam as esferas administrativas.

Por fim, a DRJ negou provimento ao pedido da manifestante, por falta de amparo legal.

A contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 05/09/2007 (fl.244) e protocolizou Recurso Voluntário no dia 05/10/2007 (fl.249/270).



No Recurso Voluntário a recorrente apenas ratificou os argumentos utilizados na manifestação de inconformidade e ao fim pediu que fosse reconhecido seu crédito a fim de ser efetuada a compensação com outros tributos ou fosse feita a restituição.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

O cerne da questão se limita aos seguintes pontos:

1. O prazo de prescrição para a contribuinte pleitear restituição do PIS e da COFINS;
2. A exclusão da base de cálculo da COFINS de receitas transferidas para terceiros, com fulcro no inciso III do parágrafo 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e sua auto-aplicabilidade;
3. A retroatividade das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

Antes de começar a enfrentar as questões citadas acima, cabe destacar que não serão apreciados os argumentos da contribuinte que tratam de constitucionalidade, pois essa turma não tem competência para tal apreciação, conforme a Súmula nº 02, do Segundo Conselho de Contribuintes, *in verbis*:

“SÚMULA Nº02

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.



Esclarecido isso, podemos passar a análise da primeira questão que foi suscitada em preliminar.

1. O prazo de prescrição para a contribuinte pleitear restituição do PIS e da COFINS;

A recorrente apresentou jurisprudência do STJ e sustentou que o prazo para pleitear o ressarcimento de créditos pago a maior é de dez anos, em decorrência da teoria dos “5+5”, onde o fisco tem cinco anos para homologar o recolhimento da contribuição e, após esse prazo, o contribuinte tem mais cinco anos para pleitear o ressarcimento.

Apesar das argumentações da recorrente, tal teoria não deve prosperar. O art. 168, inciso III do CTN dispõe o seguinte:

“Art. 168 O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados



4

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário”

O inciso I, do art. 165, é referente à restituição de pagamento realizado a maior.

Por sua vez o art. 150 e o seu Parágrafo 1º vem com o seguinte texto:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento”.

Manoel Álvares, coordenado por Vladimir Passos de Freitas, comenta o dispositivo transcrito da seguinte forma:

“Estando esse crédito já pago, a homologação tem como consequência a confirmação da extinção do crédito operada em razão do pagamento antecipado do sujeito passivo. Ora, se homologação tem como consequência a confirmação da extinção do crédito, constitui contradição inadmissível atribuir a ela, ao mesmo tempo, o efeito resolutivo de desfazer a extinção que justamente confirma

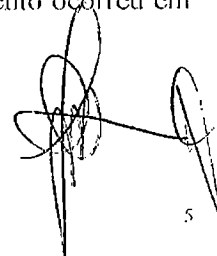
(...) O pagamento do qual se extrai a capacidade de extinguir o crédito não é pagamento, pois resulta afetado na sua própria natureza

A primeira conclusão que se extrai, então, é que o pagamento antecipado da obrigação extingue efetivamente o crédito, que permanece extinto até que essa situação seja destruída pela realização da condição resolutiva” (grifo nosso) (Código Tributário Nacional Comentado Doutrina e Jurisprudência, artigo por artigo/ Coordenação Vladimir Passos de Freitas -- comentário utilizado de Manoel Álvares- Ed. Revista dos Tribunais, 2004).

Pelo exposto acima, tem-se que a extinção do crédito, mesmo com a condição da homologação, se dá com o pagamento. Logo, se o art. 168, inciso I, do CTN, dispõe que o prazo da prescrição é de cinco anos **contados da extinção do crédito**, não há que se falar em mais cinco anos.

Esse entendimento já tem precedentes na Terceira Câmara do Segundo Conselho dos Contribuintes, no acórdão do Recurso Voluntário nº 145.603, cujo julgamento ocorreu em 05/06/2008, *in verbis*:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/09/2000 a 30/04/2001 PIS/COFINS RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO



PRESCRIÇÃO. O direito de pedir a restituição de valores pagos indevidamente ou a maior prescreve passados cinco anos do pagamento. Recurso negado”

O pedido de restituição foi protocolizado em 06/06/2005, dessa forma, está decaído o direito da recorrente ser ressarcida dos créditos referente ao recolhimento no período de 01/02/1999 a 05/06/2000.

As demais matérias que estão no cerne da questão serão apreciadas somente para o restante do período que foi pedido ressarcimento, 06/06/2000 a 31/09/2000.

2. A exclusão da base de cálculo da COFINS de receitas transferidas para terceiros, com fulcro no inciso III do parágrafo 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e sua auto-aplicabilidade;

Para melhor entendimento do assunto em tela, necessário se faz a transcrição do dispositivo em destaque.

“Art.3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica

(.)

§2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

(.)

III- os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo” (grifo nosso)

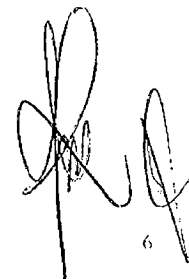
Observa-se que para exclusão da base de cálculo dos valores transferidos a outra pessoa jurídica, era necessário que o Poder Executivo editasse normas regulamentadoras. Ocorre que antes da edição dessa norma, o dispositivo acima foi revogado pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 09 de julho de 2000, que foi reeditada diversas vezes e hoje é a Medida Provisória nº 2.158-35.

Após a revogação do inciso III supramencionado, a Secretaria da Receita Federal editou o Ato Declaratório SRF nº 56 de 20 de julho de 2000, que dispõe o seguinte:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e considerando ser a regulamentação, pelo Poder Executivo, do disposto no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, condição resolutoria para sua eficácia,

- considerando que o referido dispositivo legal foi revogado pela alínea b do inciso IV do art. 47 da Medida Provisória nº 1.991-18, de 9 de junho de 2000,

- considerando, finalmente, que, durante sua vigência, o aludido dispositivo legal não foi regulamentado, declara.



6

não produz eficácia, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS, no período de 1º de fevereiro de 1999 a 9 de junho de 2000, eventual exclusão da receita bruta que tenha sido feita a título de valores que, computados como receita, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica”. (grifo nosso)

Portanto, fica claro que como não houve regulamentação pelo Poder Executivo, a disposição do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, apesar de estar em vigência até junho de 2000, jamais produziu eficácia. Esse entendimento também é compartilhado pelo STJ, em ementa prolatada em 15/08/2006, no julgamento do agravo regimental nº 544104 que agravava o agravo de Instrumento no 2003/0153491-5, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO - TRIBUNÁRIO - PIS E COFINS - RECEITA BRUTA - PRETENDIDA COMPENSAÇÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA - ART. 3º, § 2º, INCISO III, DA LEI Nº 9.718/98 - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO POR DECRETO DO PODER EXECUTIVO - POSTERIOR REVOGAÇÃO DO FAVOR FISCAL PELO MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1991-18/2000 - PRECEDENTES.

Dispõe o artigo 3º, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.718 que poderiam ser excluídos da base de cálculo da contribuição devida a título de PIS e COFINS ‘os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo’

A aplicabilidade da referida norma esteve condicionada, até sua revogação pela Medida Provisória 1991-18/2000, à edição de decreto pelo Poder Executivo Federal.

A exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores que, ao constituírem a receita da empresa, fossem transferidos para outra pessoa jurídica, somente poderia ocorrer após a devida regulamentação. Se tal não se deu, inviável o deferimento da pretensão do contribuinte

Agravo regimental improvido” (grifo nosso)

O mesmo entendimento também é unânime na Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que no julgamento do Recurso Voluntário nº 138.862, em 13/02/2008, prolatou a seguinte ementa:

“Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2000

*EXCLUSÃO DE RECEITAS TRANSFERIDAS A TERCEIROS
NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA E REVOGADA*

A norma revogada da Lei nº 9.718, de 1998, que previa a exclusão do

faturamento de receitas transferidas a outras pessoas jurídicas, era de eficácia contida e dependia, para a aplicação, de regulamentação infra-legal”



Assim sendo, a norma que autoriza a exclusão da base de cálculo da COFINS de valores transferidos outra pessoa jurídica nunca teve eficácia.

3. A retroatividade dos arts. 3^{os} das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

A recorrente alega que os dispositivos acima regulamentam o inciso III do parágrafo 2º art. 3º, da Lei 9.718/98.

Nesse ponto encontramos três justificativas para não aplicação dos dispositivos suscitados pela recorrente. A primeira é que dessa duas leis a mais recente é a de nº 10.637, datada de 2002. No entanto, o inciso III do parágrafo 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 foi revogado em 2001, isto é, antes mesmo da Lei 10.637/02 ser publicada. Como pode uma lei regulamentar uma norma revogada? Não há como.

Em segundo lugar, em nenhum momento as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 autorizam a exclusão de valores repassados a outra pessoa jurídica.

A terceira razão para não acolher a alegação da recorrente é que o inciso I do art. 106 do CTN, impõe uma exigência para a retroatividade da lei, qual seja, que ela seja **expressamente interpretativa**. Veja-se o dispositivo:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”

Ex positis, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 03 de março de 2009

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA

