



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

Processo nº 10166.100041/2005-89
Recurso nº 261.140 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.324 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de outubro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PIS. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III.
Recorrente SANTA MARTA DISTRIBUIDORA DE DROGAS LTDA
Recorrida DRJ-BRASÍLIA-DF

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA Nº 2/2007.

Nos termos da Súmula nº 2/2007, “O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”, como o de suposta ofensa aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da isonomia e do não-confisco.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTOS SUPOSTAMENTE INDEVIDOS OU A MAIOR.

Nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 1º, do CTN, o direito de pleitear a repetição de indébito tributário oriundo de pagamentos supostamente indevidos ou a maior extingue-se em cinco anos, a contar do pagamento.

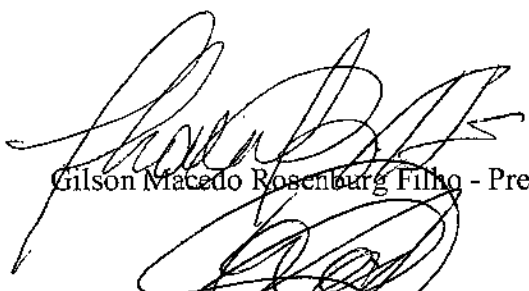
BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

O art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, ao prever a exclusão da base de cálculo da COFINS e do PIS de valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos a outras pessoas jurídicas, constituiu norma de eficácia condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo, que não produziu efeitos porque revogada antes de regulamentada.

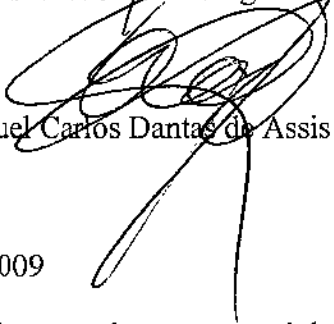
Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente



Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

EDITADO EM 07/12/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

O processo trata de pedido restituição relativo ao PIS Faturamento, protocolizado em 09/06/2005, no valor de R\$ 1.029.617,11 conforme o demonstrativo de fl. 03. Os créditos pleiteados se a referem, segundo o contribuinte, a pagamentos indevidos da Contribuição porque receitas transferidas para outras pessoas jurídicas não foram excluídas da base de cálculo, nos termos do art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98.

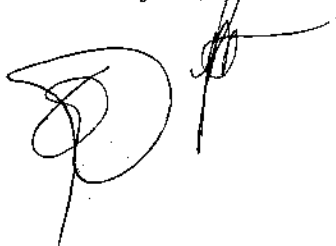
Contra o indeferimento do pleito o contribuinte manifestou-se arguindo o seguinte, conforme o relatório da primeira instância que reproduzo por bem resumir as alegações:

O inciso III do parágrafo 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 determinou fosse excluído da receita bruta os "valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica", desde que observadas as normas expedidas pelo Poder Executivo;

Entretanto, o Executivo foi omissos em regulamentar a lei 9.718/98, daí que a ausência do regulamento por si só não tem o condão de afastar a aplicabilidade da norma, vez que a Lei é auto-aplicável;

Assim, requer o provimento do recurso com o reconhecimento do direito à restituição/compensação e, em consequência, o reconhecimento do crédito à compensação dos valores pagos a maior indevidamente, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, inciso III da Lei 9.718/98, durante o período de fevereiro/99 a setembro/2000.

Além disso, é flagrante a ilegalidade do cálculo do recolhimento da Cofins e do PIS, sobre o valor total das vendas, sem a exclusão dos valores que foram transferidos às outras pessoas jurídicas, havendo ofensa a princípios constitucionais, tais como: da legalidade, da isonomia e do não-confisco;



Por outro lado, as leis 10.637/2002 e 10.833/2003, podem retroagir e serem aplicadas ao presente caso, no sentido de ser resguardada a não-cumulatividade das contribuições ao PIS e Cofins.

A 4ª Turma da DRJ manteve o indeferimento. Após consignar que, conforme o despacho decisório indeferitório, “a interessada não transferiu receitas a outras pessoas jurídicas, inclusive pela impossibilidade prática, tendo em vista seu ramo de atividade, pois rotulou de ‘receita transferida’ desde os pagamentos a fornecedores de mercadorias até às pessoas jurídicas que lhe prestaram serviços e aos entes públicos federais, estaduais e municipais”, além de querer equiparar à subcontratação de obras por empreitada o que não é cabível, considerou que o dispositivo em questão, por ter sido revogado antes de qualquer regulamentação, não teve qualquer efeito. No sentido da imprescindível regulamentação, menciona haver jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Também considerou inaplicável ao período destes autos (anos de 1999 a 2000) as regras da não-cumulatividade da Contribuição, insertas na Lei nº 10.637/2002.

No mais, a DRJ não conheceu da Impugnação no que argüiu ofensa a princípios constitucionais, por se constituir em matéria cuja apreciação é reservada ao Poder Judiciário, e reputou decaído, em parte, o direito de crédito alegado.

No Recurso Voluntário o contribuinte insiste na repetição do indébito, repisando argumentos da Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço, exceto no que argüi inconstitucionalidades.

As alegações de suposta ofensa a princípios constitucionais, como o capacidade contributiva, da isonomia e do não-confisco, não pode ser analisada aqui porque somente o Judiciário é competente para julgá-las, a teor do que dispõe a Constituição Federal, nos seus arts. 97 e 102, I, “a”, III e §§ 1º e 2º deste último. Neste sentido a Súmula do nº 2/2007 deste Conselho, segundo a qual “O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

Quanto à parte conhecida, não cabe dar razão à Recorrente. Numa parte, porque o direito decaiu; no restante, porque a revogação do inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, antes de sua regulamentação,

Levando em conta que o Pedido foi formulado em 09/06/2005, os recolhimentos efetuados antes de 09/06/2000 estão atingidos pela decadência.

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça atualmente interpreta diferente. Passou esse Tribunal a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de

lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente de e a origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.

Interpreta que, na existência de pagamento antecipado (para o STJ quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação), o início da contagem do prazo prescricional no final dos cinco anos contados a partir do pagamento (ou do fato gerador, no caso da decadência), “duplicando” para 10 anos o intervalo. Para tanto considera que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.¹ O Tribunal tem examinado em conjunto os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN e deslocado o *dies a quo* da decadência para o final dos cinco anos referidos no art. 150, § 4º, contando a partir de então outro quíntuplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o *dies ad quem* passa para 10 anos após o fato gerador.

Ora, se levarmos em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do direito recebesse um prêmio (a dilação do termo inicial da decadência) por não exercê-lo no prazo prefixado. Da mesma forma com o prazo prescricional para repetição de indébito: quem pagou a maior ou indevidamente, por não exercer o direito nos primeiros cinco anos, estaria a receber como “prêmio” idêntica dilação de prazo.

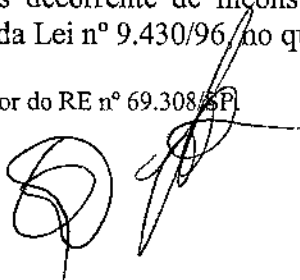
É certo que o lançamento por homologação pode ser ocorrer tão logo realizado o fato gerador. Assim, o termo poderia, inserido no art. 173, I do CTN para delimitar o marco inicial da decadência, precisa ser interpretado como se referindo ao início do tempo em que o lançamento de ofício (em substituição do de homologação, no caso de imposto devido maior que o apurado pelo contribuinte) pode ser feito, não o contrário, como pretende o STJ, ao interpretar que o prazo para o lançamento de ofício só começa após o fim do prazo para homologação.

Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar ou valor a restituir, inclusive) -, também o prazo prescricional para a repetição do indébito e o prazo decadencial nesta via administrativa começa do pagamento antecipado, que extingue a obrigação tributária consoante o § 1º do mesmo artigo. Essa a regra geral, que só não se aplica na hipótese de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos.

Como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), apenas na situação de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos descabe, *data venia*, considerar a data de cada recolhimento indevido, que deve ser substituída pela data de publicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPC), as três compondo o controle concentrado de constitucionalidade, pela data da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou pela da publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior às datas primeiras.

Não sendo a situação dos autos decorrente de inconstitucionalidade - até porque o STF tem julgado constitucional o art. 56 da Lei nº 9.430/96, no que revogou a isenção

¹ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.



concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Complementar nº 70/91² -, o prazo para a repetição desejada é de cinco anos, contado a partir de cada pagamento, nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 1º, do CTN.

Pelo exposto acima, julgo decaído o direito relativo aos pagamentos efetuados antes de 09/06/2000.

Quanto à parte não decaída, não assiste razão à Recorrente porque o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001, não lhe socorre, tal como decidiu a instância de piso.

O poder atribuído ao Executivo para regulamentar o citado inc. III nada tem de ilegal ou inconstitucional. Neste sentido já assentou o STJ, inclusive, como se observa no julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI N.º 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.

1. Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000. Não comete violação ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional o decisório que em decorrência deste fato, não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

2. "In casu", o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

3. Recurso Especial desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 445.452 - RS (2002/0083660-7) - DJ de 10/03/2003, Relator Min. José Delgado).

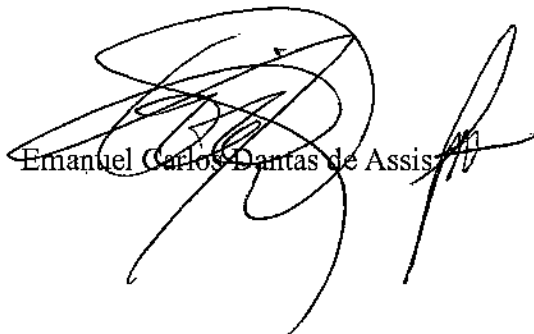
A decisão acima produz a melhor interpretação, ao determinar que o citado dispositivo, não produziu eficácia no período em que vigente – até ter sido revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001 -, em virtude da ausência de regulamentação. Vem, portanto, ao encontro do Ato Declaratório do Secretário da Receita Federal nº 56, de 20/07/2000, segundo o qual a norma veiculada pelo III do § 2º do

² Refiro-me aos acórdãos RE-AgR 451.988/RS, julgamento em 21/02/2006, RE 419.629, julgamento em 23/05/2006, ambos da Primeira Turma do STF.

art. 3º da Lei nº 9.718/98 é ineficaz, para fins de eventual exclusão de valores que, computados como receita bruta, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica.

Por fim, e mais uma vez referendando a interpretação da DRJ, destaco ser desarrazoado o argumento de aplicação retroativa da sistemática da não-cumulatividade, inaugurada pela Lei nº 10.637/2002, aplicável ao PIS. Desabe, aqui, empregar o art. 106, I, do CTN, por não se tratar, a não-cumulatividade, de norma interpretativa. A Lei nº 10.637/2002, seguida da Lei nº 10.833/2003, esta aplicável à Cofins, introduziu um novo regime para apuração do PIS e da Cofins, que passou a coexistir ao lado da cumulatividade, até então a regra geral dessas duas Contribuições.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.


Emanuel Carlos Dantas de Assis