



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº	10166.100043/2005-78
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	3302-010.349 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	26 de janeiro de 2021
Recorrente	COTRIL MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. VIOLAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO DE LEI. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE . MATÉRIA SUMULADA NO CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO ARTIGO 3º, § 2º, III, DA LEI 9.718, de 1998. EFICÁCIA CONDICIONADA À EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTAR QUE, NÃO TENDO SIDO EDITADA, IMPOSSIBILITOU A REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

A Lei nº 9.718, de 1998 admitia, em seu artigo 3º, § 2º, inciso III, a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins das receitas transferidas a outras pessoas jurídicas.

Todavia, o inciso III do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998 não chegou a ter aplicabilidade, mesmo antes de sua revogação pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, em face da ausência de regulamentação pelo Executivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinicius Guimaraes, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Larissa Nunes Girard, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green, Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

Relatório

Por bem representar os fatos ocorridos no presente processo, utilizo como parte do meu relatório aquele trazido no acordão nº 03-28.266, da 4^a Turma da DRJ/DF, de 28 de novembro de 2008:

Trata-se de Pedido de Restituição de fls. 01/02, protocolado em 09/06/2005, no valor de R\$ 960.405,28 com base em suposto *valor pago indevidamente a título de Cofins pela não exclusão dos valores transferidos a outras pessoas jurídicas, conforme inteligência do artigo 30, §20, inciso 111 da Lei nº 9.718/98, bem como com base no procedimento de cálculo de crédito da Cofins advindo da aquisição de mercadorias para revenda adquiridas de outras pessoas jurídicas para serem abatidas/excluídas do débito do Contribuinte devido sobre sua própria receita de venda (regulamentação da Lei nº 10.833/2003 e legislações posteriores) durante os exercícios de fevereiro/1999 a setembro/2000, quando da entrada em vigor da MP 1.991/2000*. Junta planilha de fl.03, Darfs de fls. 12/18, e outros documentos de fls. 04/11 e 19/150.

Em 22/11/2005, a DRF em Goiânia considerou o Pedido de Restituição não formulado (fls. 153/156), porquanto não elaborado por meio do programa Per-Dcomp. A contribuinte apresentou pedido de reconsideração da decisão (fls. 158/170), que foi tomado como recurso administrativo regido pela Lei nº 9.784/99 e encaminhado à Superintendência Regional para apreciação. Negou-se provimento a esse recurso (fls. 174/180).

Em 28/06/2006 a interessada apresentou "manifestação de inconformidade" contra aquela decisão da Superintendência Regional (fls. 185/202).

Entretanto, antes que se analisasse tal manifestação, juntaram-se aos autos cópia de intimação da DRF de origem, de 09/05/2006, de decisão liminar em sede de mandado de segurança, determinando o recebimento do Pedido de restituição formulado pela contribuinte no presente processo e sua apreciação (fls. 203/209).

Em cumprimento à referida decisão judicial, a DRF de origem apreciou o Pedido de Restituição, e emitiu, em 27/02/2008, o Despacho Decisório de fls. 224/231, indeferindo-o e não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, sob a fundamentação de que:

Em suma:

a) mesmo que houvesse permissão legal para tanto, o sujeito passivo efetivamente não transferiu receitas a outras pessoas jurídicas, na acepção concebida pelo legislador e trazida a lume pelo ato jurídico não regulamentado, inclusive pela impossibilidade prática, tendo-se em vista seu ramo de atividade;

b) o sujeito passivo pretende ainda recuperar os créditos sobre mercadorias adquiridas, pelo critério da não cumulatividade da tributação da Cofins, muito antes da existência de previsão legal para tal procedimento.

Cientificada desse despacho em 27/03/2008 (fl. 171), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 11/04/2008 (fls.236/259), na qual alega, em síntese e fundamentalmente, que:

- Teria direito líquido e certo à exclusão da base de cálculo da Cofins dos valores repassados a outras pessoas jurídicas, conforme artigo 3º, §2º, inciso III da Lei nº 9.718/98. Referido dispositivo estende o princípio da não cumulatividade às contribuições sociais, sendo exemplo de justiça tributária, e guardando consonância com os princípios constitucionais pátrios. Portanto, tal normativo seria autoaplicável, a despeito da omissão do Poder Executivo em regulamentá-lo. De toda forma, eventual necessidade de regulamentação somente poderia ocorrer por lei, a teor do artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional, por quanto se trata de exclusão do crédito tributário. Cita jurisprudência corroborando seu entendimento.
- Reforça que o princípio da legalidade deve ser observado pela Administração Pública, e que a faculdade regulamentar a ela inerente também se subordina aos ditames da lei;
- Ilegal o cálculo do recolhimento da Cofins sobre o total das vendas, sem que se excluam os valores transferidos a outras pessoas jurídicas, por afronta ao princípio da capacidade contributiva e ao do não confisco;
- Cabível a aplicação retroativa das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, ratificando e regulamentando o artigo 3º, §2º, inciso III da Lei nº 9.718/98. Ainda que não se entenda dessa forma, é de se considerar o disposto no artigo 106, 1, do Código Tributário Nacional;
- Colaciona decisão do Superior Tribunal de Justiça que teria acatado a mesma tese que aqui defende;
- Ao deixar de exercer seu direito de exclusão da base de cálculo os referidos valores, comprometeu a viabilidade operacional da empresa, arcando com prejuízos de difícil reparação. O reconhecimento dos seus créditos evitaria maiores prejuízos e o enriquecimento ilícito do Estado.

Remetido o processo à apreciação dessa Delegacia de Julgamento, foram restituídos à origem para regularização da representação processual, conforme fls. 262/280.

Na decisão da qual foi retirado o relatório acima, por unanimidade de votos foi julgada improcedente a manifestação de inconformidade da recorrente, recebendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de a contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extinguise após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

BASE DE CÁLCULO. ART. 30, §2º, INCISO III, DA LEI N° 9.718, DE 1998. NÃO REGULAMENTAÇÃO. VIGÊNCIA.

O inciso III do § 2º do art. 30 da Lei nº 9.718 foi revogado pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 09 de junho 2000, e, enquanto vigente, não teve eficácia, pois não houve sua regulamentação.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Solicitação Indeferida

Inconformada com a decisão acima mencionada a recorrente interpôs recurso voluntário, no qual repisa os argumentos trazidos na manifestação de inconformidade.

Passo seguinte o processo foi remetido ao E. CARF para julgamento e distribuído para minha relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

O recurso é tempestivo, trata de matéria de competência dessa Turma, motivo pelo qual passa a ser analisado.

I – Não observância de princípios constitucionais

Afirma a Recorrente que as razões recursais estão assentadas na doutrina, legislação e princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico tributário pátrio. Nesse diapasão, inconformado com a decisão recorrida, protesta quanto à violação a princípios constitucionais, notadamente o da estrita legalidade além de defender a inconstitucionalidade da revogação do inciso III, § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pela MP nº 1.991-18, publicada em 10/06/2000.

Ressalve-se que em relação à suposta violação a princípios constitucionais bem como à inconstitucionalidade arguída na peça recursal, matéria em essência de natureza constitucional, de competência decisória exclusiva do Poder Judiciário, cabe ressaltar que o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, à exceção do disposto em seu § 6º, vedou expressamente aos órgãos de julgamento, no âmbito do processo administrativo fiscal, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, *in verbis*:

Decreto nº 70.235, de 1972:

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.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 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;

II–que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou
- c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Todo o parágrafo 6.^º incluído pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 2009).

Na esteira das referidas disposições legais o Regimento Interno deste E. Conselho prevê em seu artigo ¹62 que é 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, exceto nas hipóteses previstas no §1º do mencionado dispositivo regimental.

Não se enquadrando o caso em exame em qualquer das hipóteses excepcionadas, aplica-se como fundamento decisório sobre essa matéria a Súmula CARF nº 2

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

II – Prescrição do Pedido de Restituição

O pedido de restituição foi apresentado em **09/06/2005** pela contribuinte, à fls. 01, para aproveitar pretenso crédito de pagamentos a maior de Cofins sobre receitas transferidas a outras pessoas jurídicas, relativos ao período entre fevereiro de 1999 e setembro de 2000.

A matéria em exame foi decidida pela CSRF, a exemplo dos Acórdãos nºs 9303-001.831, 9303-001.845, 846 e 847, de 02/02/2012 e 9900-000.943, 09/12/2014.

Nesse sentido trago à colação o voto do ilustre Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, exarado no Acórdão nº 9900-000.943, de 09/12/2014, cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

¹ 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.

§ 1º 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 definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;
- b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)
- c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
- d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973.
- e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

Não assiste razão à recorrente, pois, **com a edição da Lei Complementar 118/2005, o seu artigo 3º foi debatido no âmbito do STJ no Resp 327043/DF, que entendeu tratar-se de usurpação de competência a edição desta norma interpretativa**, cujo real objetivo era desfazer entendimento consolidado. Entendendo configurar legislação nova e não interpretativa, os Ministros do STJ decidiram que as ações propostas até a data de 09/06/2005, não se submeteriam ao consignado na nova lei. Com efeito, **de acordo com a decisão prolatada pelo pleno do STF, no RE nº 566.621, em 04/08/2011**, em julgamento de mérito de tema com repercussão geral, **o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, relativamente a pedidos de restituição efetuados anteriormente à vigência da LC nº 118/05 (09/06/2005), é de cinco anos para a homologação do pagamento antecipado, acrescido de mais cinco para pleitear o indébito**, em conformidade com a cognominada tese dos cinco mais cinco, sendo, portanto, de dez anos o prazo para pleitear a restituição do pagamento indevido.(grifei).

Assim, conforme acima exposto, considera-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, **a partir de 09/06/2005**.

Ante o exposto, constata-se na lide ora em exame que a petição ocorreu na data em que se considera a vigência **LC nº 118, de 2005, 09/06/2005**, de modo que, estava prescrito o direito do contribuinte à restituição dos valores recolhidos, relativos ao período entre fevereiro de 1999 e setembro de 2000.

A matéria em exame já foi sumulada por este E. Conselho conforme a seguir transcrita:

Súmula CARF nº 91: Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

Desta forma, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus, Relator.