



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

Processo nº 10283.002585/2005-40
Recurso nº 240.290 Voluntário
Acórdão nº **3801-01.010 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 13 de fevereiro de 2012
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente ESSLOR DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/05/2000

DECADÊNCIA. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/05.

O prazo estabelecido na Lei Complementar 118/05 somente se aplica para os processos protocolizados a partir 9 de junho de 2005, e que anteriormente a este limite temporal aplica-se a tese de que o prazo para repetição ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de dez anos, contado de seu fato gerador, de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na sistemática de repercussão geral.

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO - APLICAÇÃO DE DECISÃO DO STF NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL - POSSIBILIDADE.

Nos termos regimentais, reproduzem-se as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na sistemática de repercussão geral. A base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Excelso STF.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Fez sustentação oral por parte da recorrente a Dra. Ana Cristina Maia Mazaferro, OAB/SP 261.869.

Processo nº 10283.002585/2005-40
Acórdão n.º **3801-01.010**

S3-TE01
Fl. 236

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes – Presidente e Relator.

EDITADO EM:

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, José Luiz Bordignon, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Paulo Sérgio Celani e Raquel Motta Brandão Minatel. Ausente a Conselheira Daniela Ribeiro de Gusmão.

Relatório

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

O presente processo aprecia Pedido de Restituição (fls. 01/05), de 08/06/2005, da Cofins no valor de R\$ 37.203,59, efetuado pelo contribuinte acima qualificado.

2.No requerimento o interessado solicita o reconhecimento do direito à restituição de crédito resultante de pagamento alegadamente indevido de Cofins e PIS, apurados de acordo com os artigos 2º e 3º da lei 9.718, de 27/11/1998, tendo em vista suposta inconstitucionalidade destes dispositivos.

3.O pedido foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal em Manaus, consoante Parecer/Decisão presente às fls. 155/158, que se baseia nos seguintes argumentos:

3.1.A pretensão do contribuinte foi alcançada pela decadência. Isto porque, a contar da data da protocolização do pedido (08/06/2005), o período limite para permitir qualquer restituição de pagamentos indevidos seria dos cinco anos anteriores, de acordo com o prescrito nos artigos 165, I, e 168, I, do CTN.

3.2.Mesmo que superada a preliminar de decadência, não haveria direito creditório pois a autoridade administrativa não tem competência para apreciar alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, por ser esta competência reservada ao Poder Judiciário.

4.Inconformado com o indeferimento de seu pleito, o contribuinte apresentou em 01/08/2005 manifestação de inconformidade, às fls. 159/179, alegando, em síntese, que:

4.1.A lei 9.718/98 (art. 3º), ao ampliar a base de cálculo da contribuição, que passou a alcançar não mais o “faturamento” (entendido como a receita bruta de venda de mercadorias e da prestação de serviços ou de ambos), mas a “receita bruta” correspondente à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, estabeleceu uma base de cálculo inaplicável em face do CTN.

4.2.O prazo para reaver importância que digam respeito a tributos lançados por homologação (art. 150 do CTN) é de 10 anos: cinco para a Fazenda homologar o lançamento (§ 4º do art. 150), mais cinco anos do prazo prescricional – art. 168, I, do CTN.

4.3.A decisão atacada invoca a Lei Complementar n. 118/2005, art. 3º, para tentar definir o momento da extinção do crédito

tributário no momento do pagamento antecipado. Entretanto, tal lei não pode retroagir às datas dos períodos em que se deram as extinções tributárias litigadas.

A DRJ em BELÉM (PA) indeferiu a solicitação, nos termos da ementa abaixo transcrita:

Todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a natureza, assim como as suas dívidas passivas, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram (art. 1º - Decreto nº 20.910/32).

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário. Em síntese, em extenso arrazoadado, apresentou as mesmas alegações suscitadas na manifestação de inconformidade, acrescentando basicamente que:

- o indeferimento da restituição por parte da autoridade da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, sob o argumento de decadência em relação ao direito de pleitear a restituição, não pode prosperar no âmbito da administração sob pena de desprestigiar o posicionamento do Poder Judiciário (STJ);

- quanto ao argumento — presunção de constitucionalidade das leis, somente passível de afastamento pelo Poder Judiciário —, impende considerar que o E. STF, por seu Plenário, já declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, o que fez ao julgar diversos recursos extraordinários sobre a matéria;

- a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 pela mais alta Corte do País, é indiscutível que a presunção de constitucionalidade das leis não mais socorre ao dispositivo em testilha;

- seria injustificável que a Receita Federal, após manifestação dos Tribunais Superiores acerca de determinada matéria continuasse, ainda, a aplicar determinada norma declarada inconstitucional, levando o administrado a recorrer ao Poder Judiciário, produzindo um sem-número de demandas com desfecho previsível, acarretando ainda mais ônus para o Erário;

- o Decreto nº 2.346/97 estabeleceu de forma expressa em seu artigo 4º, parágrafo único, que, havendo declaração de inconstitucionalidade de norma em Recurso Extraordinário pelo STF, deveriam as autoridades administrativas afastar a aplicação da referida lei.

Por fim requereu o recebimento do presente Recurso Voluntário para, reformando o v. acórdão recorrido, reconhecer o direito da Recorrente à restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de Cofins nos períodos de apuração compreendidos entre fevereiro/1999 e maio/2000.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto, dele toma-se conhecimento.

O litígio tem como controvérsia principal o prazo que o sujeito passivo tem para pleitear a restituição total ou parcial de contribuição paga indevidamente ou a maior que o devido.

A propósito, o art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN estabelece as hipóteses em que o sujeito passivo tem direito à repetição do indébito:

“Art. 165 - O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)”

Por seu turno, na hipótese do inciso I, o art. 168 c/c com o 156 do CTN fixa esse prazo em cinco anos, *in verbis*:

“Art. 156. Extinguem o crédito Tributário:

I – o pagamento;

(...)”

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

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

Tenha-se presente que a Lei Complementar nº 118, de 2005 dispôs no art. 3º que, em se tratando de lançamento por homologação, o termo inicial do prazo para pedido de restituição é a data do pagamento e estabeleceu no art. 4º, por se tratar de lei meramente interpretativa, aplica-se a fato pretérito, conforme previsto no art. 106, I do CTN:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do

pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Ocorre, todavia, que o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 566.621, submetido a sistemática da repercussão geral, Relatora Min. Ellen Gracie, pacificou o entendimento de que o prazo estabelecido na Lei Complementar 118/05 somente se aplica para os processos ajuizados a partir 9 de junho de 2005, e que anteriormente a este limite temporal aplica-se a tese de que o prazo para repetição ou compensação era de dez anos contados de seu fato gerador.

O aludido acórdão foi assim ementado:

*DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. **Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.** Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos*

seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-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 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

Destarte, são inúteis e desnecessárias eventuais discussões de outras teses sobre o prazo que o contribuinte tem para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação. As autoridades administrativas têm que se submeter ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e, de fato, atribuir eficácia em relação ao mérito.

Neste sentido, alterou-se o 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. O artigo 62-A dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

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.
{}*

(...)

{} alterações introduzida pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de 22.12.2010 (grifou-se)*

Assim, o termo inicial do prazo para o exercício do direito de pleitear a restituição de tributos sujeito a lançamento por homologação, caso da contribuição PIS, é de 10(dez) anos, ou seja, cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita, tese dos “cinco mais cinco”.

Em remate, no caso vertente, o pedido foi protocolado em 08/06/2005, e os recolhimentos a maior referem-se aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a maio de 2000, de modo que pelas razões acima fica afastada a decadência.

Quanto ao mérito, direito à restituição e compensação dos valores recolhidos a título da Cofins em razão da declaração da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, assiste razão à interessada.

Vale lembrar que 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 "receita bruta" da pessoa jurídica, e esta seria “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”.

Por seu turno, o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à Cofins, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98.

Os aludidos acórdãos foram assim ementados:

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.

Em outra oportunidade, a Excelsa Corte (STF), por unanimidade, ao apreciar o recurso extraordinário nº 585235, DJ nº 227 do dia 28/11/2008, reconheceu a existência de repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme decisão transcrita abaixo:

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.

Outrossim, o Decreto nº 70.235/72, que rege o processo fiscal, estabelece:

“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”*

(...)

*§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;**

(...)” *Nova redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009

De sorte, que não é cabível a discussão de outras teses sobre o conceito de faturamento. A tese que deve ser observada pelas autoridades é a do Supremo Tribunal Federal, nos termos do citado artigo 62-A do Regimento do CARF.

Além do mais, em consonância com o entendimento da Excelsa Corte, a Lei nº 11.941/09 revogou expressamente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Da análise dos demonstrativos e da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), verifica-se que outras receitas compuseram a base de cálculo da contribuição PIS 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.

Com efeito, nesta matéria é incontroverso o direito da recorrente, visto que o alargamento da base de cálculo da contribuição com fundamento no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF.

Pelas razões expostas acima, a interessada tem direito à restituição dos pagamentos efetuados a maior do período de apuração de fev/99 a maio/00, visto que o pedido de restituição foi protocolizado em 08/06/2005.

É importante consignar que compete a autoridade administrativa, com base na escrita fiscal e contábil, efetuar os cálculos e apurar o valor do direito creditório.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário interposto pela interessada para afastar a decadência e reconhecer o direito à restituição dos pagamentos a maior da contribuição PIS, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, referentes aos períodos de apuração de 28/02/1999 a 31/05/2000.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Relator

Processo nº 10283.002585/2005-40
Acórdão n.º **3801-01.010**

S3-TE01
Fl. 244

CÓPIA