



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

Processo nº 10680.011156/2006-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-000.647 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de fevereiro de 2013
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO COM COMPENSAÇÃO
Recorrente TRANSPORTE URBANO SÃO MIGUEL DE RESENDE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2000 a 31/03/2006/

NORMAS REGIMENTAIS. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO CONTEÚDO DE DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RITO DO ART. 543C DO CPC.

Consoante art. 62-A do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista nos 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.

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. NÃO HOMOLOGAÇÃO. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE.

Não cabe a órgão administrativo apreciar arguição de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Súmula CARF nº 02.

Recurso Voluntário negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Gilberto de Castro Moreira Junior, Charles Mayer de Castro Souza e Thiago Moura de Albuquerque.

Relatório

O presente litígio decorre de Pedido de Restituição (fls. 01/ss), protocolado em 11/10/2006, no valor de R\$ 845.580,66, cumulado com diversas Declarações de Compensação (fls. 32 a 99), por meio do qual a interessada pretende compensar supostos créditos da COFINS, decorrentes da aquisição de óleo diesel como consumidor final efetuadas entre 10/11/2000 e 31/03/2006.

Por bem sintetizar os fatos transcreve-se o relatório constante da decisão de primeira instância administrativa, *verbis*:

Relatório:

Trata o presente processo de Pedido de Restituição de créditos da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no valor de R\$ 845.580,66, pertinente aos períodos de apuração de 11/2000 a 03/2006, apresentado em 11/10/2006 (fl.01/18), sendo posteriormente vinculado às Declarações de Compensação cujas consultas no SIEF-BRASIL encontram-se acostadas às fls.32/99, transmitidas de 18/04/2008 a 24/09/2009.

A DRF - Volta Redonda, por meio do despacho decisório de fls. 100/107, indeferiu totalmente a solicitação da contribuinte, sendo que em relação aos recolhimentos realizados entre 10/11/2000 a 11/10/2001, face ao prazo superior a 5(cinco) anos entre o pagamento que extingue o crédito tributário e a data de protocolização do pedido, e em relação aos demais períodos, o indeferimento teve como base o fato de a partir de 01/07/2000, "... a alíquota da Cofins incidente nas etapas de comercialização do óleo diesel realizadas pelos distribuidores e comerciantes varejistas foi reduzida a zero, falar em ressarcimento dos valores correspondentes à incidência na venda a varejo pelo consumidor final pessoa jurídica, seria pleitear a restituição de quantia inexistente."

A interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 124/140, alegando em síntese que:

- 1. Merece ser afastado de plano o entendimento de que o direito do contribuinte se encontraria parcialmente prescrito em face do prazo decadencial quinquenal;*
- 2. Não se pode olvidar que o prazo prescricional para a repetição do indébito dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, cujos fatos geradores tenham ocorrido antes da*

LC 118/2005, se sujeitam ao prazo de 10 anos, conforme entendimento jurisprudencial cristalizado;

3. Segundo o Código Tributário Nacional, o pagamento de tributo sujeito ao lançamento por homologação somente provoca a extinção do crédito tributário sob condição resolutória (de posterior homologação). Sabe-se que a referida homologação pode ocorrer de forma expressa ou tácita, sendo esta última considerada quando o fisco quedar-se silente/inerte frente aos recolhimentos efetivados pelo contribuinte ex vi do § 4o, do art. 150, do CTN;

4. Assim, sabendo-se que a extinção do crédito tributário para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação forçosamente somente ocorre em definitivo com a homologação expressa ou tácita, sendo esta última decorrente da inércia do fisco por 05 (cinco) anos contados do fato gerador, tem-se que o referido prazo quinquenal do citado art. 168, I, do CTN, somente se inicia após o término desse prazo de 05(cinco) anos que o fisco possui para homologar os recolhimentos;

5. Daí que o contribuinte possui prazo de 10(dez) anos para buscar a restituição dos valores pagos a maior ou indevidamente quando se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação;

6. E esse entendimento predominou nos tribunais desde 1995 quando o Colendo STJ decidiu acerca do empréstimo compulsório, firmando o prazo decenal de prescrição;

7. Depreende-se, destarte, que a redução do prazo prescricional emanado da LC 118/2005 não se aplicará às situações pretéritas, alcançando exclusivamente os fatos geradores posteriores à sua edição;

8. A referida LC 118/2005 não poderá ser aplicada retroativamente ao caso vertente por duas razões básicas (e fundamentais) : a) não se trata de lei interpretativa que pudesse atrair a aplicação do preceito contido no art. 106, do CTN; e b) a Lex Fundamentalís expressamente protege o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (art.5º, inciso XXXVI);

9. Quanto ao direito de restituição em si, cumpre asseverar que há de se reconhecer o direito de restituição na medida em que as leis editadas fizeram tabula rasa do preceito contido no citado art. 150, § 7o, da Constituição Federal;

10. Melhor explicando, as distribuidoras de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes recolhiam as contribuições como substitutas tributárias das operações subseqüentes praticadas pelos comerciantes varejistas desde a MP 1.212/95 até a edição da Lei 9.718/98, quando então, além de unificação das regras da COFINS e do PIS, se elegeu como substitutas as refinarias;

11. Após várias alterações legislativas ocorreu a extinção do instituto da substituição tributária da COFINS e do PIS pelas refinarias. Todas essas mudanças no cenário legislativo trouxeram para os contribuintes um sério prejuízo na medida em que, conquanto nem as distribuidoras e tampouco as refinarias

se submetessem mais às regras da substituição tributária do PIS e da COFINS, o certo é que a carga tributária foi mantida inalterada;

12. Em outras palavras, a partir do momento em que se extinguiu o regime da substituição tributária da COFINS e do PIS pelas distribuidoras e refinarias de petróleo, e se manteve a mesma carga tributária cobrada pelas refinarias, torna-se óbvio que o único prejudicado foi o contribuinte porque no preço dos combustíveis adquiridos diretamente das distribuidoras se encontra embutido o mesmo encargo tributário que antes existia sob a roupagem da substituição tributária;

13. Com isso, o contribuinte não pode mais se valer da regra disposta pela IN-SRF 06/99 que permitia a imediata restituição dos valores de PIS e COFINS pagos em substituição tributária pela ausência da operação no varejo ex vi do art. 150, § 7o, da CF/88;

14. A partir do momento que o fisco extingue com a substituição tributária do PIS e da COFINS das distribuidoras e refinarias, mas mantém a mesma carga tributária para as refinarias, fica patente que, na verdade, os recolhimentos de PIS e da COFINS pelas refinarias não são decorrentes de operação própria, já que é óbvio que as refinarias passaram a embutir no preço dos combustíveis praticados por essa nova carga tributária majorada;

15. Pode-se dizer, pois, que o fisco fez com que o preceito contido no § 7o, do art. 150, do Texto Constitucional, fosse revogado já que deu nova roupagem à natureza das incidências de PIS e COFINS nas operações de compra de combustíveis;

16. Além do mais, sabendo-se que a Lei 9.718/98, bem ou mal, certo ou errado, encontrou arrimo no art. 195 da CF/88 em face da EC nº 20/98, tem-se que a extinção da substituição tributária pelas citadas MP's (1.991-15/2000 e 2.158-35/2001) não encontra o menor amparo legal porque afronta o disposto no art. 246, da CF/88, que, por sua vez, impede que medidas provisórias regulamentem texto da Constituição cuja redação tenha sido alterada por emendas constitucionais datadas a partir de janeiro de 1995 até setembro de 1991;

17. Portanto, é direito da contribuinte a restituição dos valores pagos a título de PIS/COFINS quando das aquisições de combustíveis realizadas diretamente junto dos distribuidores;

18. Sobre os valores requeridos há de ser acrescida a devida atualização porque a mesma não representa um plus, apenas e tão-somente visa recompor a perda aquisitiva da moeda, corroída pela inflação do período. Além do mais, a partir do momento que a Receita Federal opõe impedimento à restituição, uma vez superados esses impedimentos, tem-se que proceder à correção dos valores inicialmente pleiteados;

19. Portanto, o crédito da Contribuinte deverá ser corrigido pela aplicação da Taxa Selic porque, em face do primado da isonomia, uma vez sendo válida a aplicação da referida Taxa Selic para fins de atualização dos débitos fazendários, igualmente deverá ser convalidada a aplicação da mesma forma de atualização para os créditos dos contribuintes;

20. *Requer julgar procedente a presente Manifestação de Inconformidade, reconhecendo, ao final, o direito à restituição perquirida (e conseqüentemente se fazendo a homologação da compensação porventura realizada), acrescido da devida atualização, por medida de pura justiça.*

Junto com a presente manifestação de inconformidade o contribuinte carrou aos autos documentos de identidade e Décima Alteração do Contrato Social.

A 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro proferiu o Acórdão n.º 13-34.640 de 11 de maio de 2011 (folhas 153/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/11/2000 a 31/03/2006

PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TERMO INICIAL

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art. 150, § 1º do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A interessada foi cientificada do Acórdão da DRJ – Rio de Janeiro em 14/06/2011 (folhas 179/180) e interpôs Recurso Voluntário (fls. 181/ss), em 08/07/2011, onde repisa os argumentos trazidos em sua Manifestação de Inconformidade.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Não assiste razão à Recorrente. Vejamos.

Do prazo prescricional

A primeira controvérsia que precisa ser resolvida nesse litígio refere-se à prescrição do direito de pleitear a restituição da parcela dos recolhimentos efetuados entre 01/11/2000 e 11/10/2001.

Este conselheiro sempre vinha exarando seus votos no sentido de que o prazo para que o sujeito passivo exerça seu direito de requerer a restituição de valores recolhidos a maior ou indevidamente é aquele expresso no inciso I do artigo 168, combinado com o inciso I artigo 165, ambos do CTN, ou seja, o pedido deveria ser formulado no prazo máximo de 5 anos a contar do pagamento indevido ou a maior, inclusive no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como a COFINS e o PIS, que se extinguem com o pagamento antecipado por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 150.

Esclareça-se, ainda, que o prazo previsto no art. 168, I, do CTN, representa prazo prescricional, mas que se aplica, também, ao pedido administrativo, de forma que, esgotado o prazo para apresentação da ação de repetição de indébito, também se esgota o prazo do pedido administrativo.

Neste diapasão, com o intuito de dirimir as controvérsias existentes quanto ao momento em que ocorreria a extinção do crédito tributário, o próprio legislador, na tentativa de interpretar o artigo 168, I do CTN, em 09 de fevereiro de 2005, por meio da Lei Complementar nº 118, explicitou sua vigência no tempo:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do artigo 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 parágrafo 1º do artigo 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.

Entretanto, o STF – Supremo Tribunal Federal – ao julgar o RE 566.621, relatado pela Ministra Ellen Gracie, reconheceu a inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da LC nº 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso do *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, **a partir de 9 de junho de 2005**. Por conseguinte, para as ações ajuizadas anteriormente a esta data (09/06/2005), o STF decidiu que “*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*”.

Foi reconhecida a Repercussão Geral, devendo ser aplicado, portanto, o artigo 543-B, parágrafo 3º, do CPC aos recursos relativos a esta matéria.

Em consequência da decisão proferida no RE 566.621, resta obrigatória a observância das disposições nele contida sobre prescrição expressas no Código Tributário Nacional, que *mutatis mutandis*, devem ser aplicadas aos pedidos de restituição de tributos formulados na via administrativa. Assim, para os pedidos efetuados até 09/06/2005 deve prevalecer a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que o prazo era de 10 anos contados do seu fato gerador; **os pedidos administrativos formulados após 09/06/2005 devem sujeitar-se à contagem de prazo trazida pela LC 118/05, ou seja, cinco anos a contar do pagamento antecipado de que trata o parágrafo 1º do artigo 150/CTN**.

No caso em tela, o Pedido de Restituição foi protocolado em 11/10/2006, para o período de apuração de 01/11/2000 a 31/03/2006, portanto, temos que **para os recolhimentos efetuados entre 01/11/2000 a 11/10/2001 já ocorreu a prescrição** do direito do contribuinte para solicitar a restituição de tributos, considerando-se o prazo de 5 anos estipulado pelo STF para os pedidos formulados após 09/06/2005.

Do direito à restituição do PIS e Cofins – aquisição de óleo diesel por consumidor final

Pela mera leitura da peça recursal verifica-se que o contribuinte manifestou sua inconformidade com a extinção do regime de “substituição tributária”, trazida pela Medida Provisória nº 1.991-15, de 2000 (artigo 43), para o PIS/COFINS nas operações de aquisição de combustíveis.

A Recorrente, na verdade, pretende discutir constitucionalidade das Medidas Provisórias nº 1.991-15, de 2000 e nº 2.158-35, de 2001 em relação ao disposto no parágrafo 7º, do artigo 150, da Constituição Federal, assim como a suposta ilegalidade dessas Medidas Provisórias em confronto com o artigo 110 do CTN.

Esta discussão não é possível de se fazer no Contencioso Administrativo por expressa vedação legal contida no artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, *verbis*:

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.

No mesmo sentido dispõe o artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes (aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009), ao vedar aos membros do Tribunal Administrativo a discussão sobre inconstitucionalidades de normas, *verbis*:

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.

Ademais, essa matéria – a incompetência do CARF para se pronunciar sobre inconstitucionalidades - já se encontra, inclusive, sumulada no CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

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

Na esfera administrativa se faz o controle da legalidade na aplicação da legislação tributária nos casos concretos, sem adentrar no mérito de eventuais inconstitucionalidades de leis ou medidas provisórias regularmente editadas segundo o processo legislativo, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário (artigo 102 da CF/88).

Este Colegiado pode reconhecer apenas inconstitucionalidades já declaradas, definitivamente, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ou nas demais situações expressamente previstas nos termos do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941/2009, condições que não se apresentam no presente caso.

Destarte, fica prejudicada a análise das supostas ilegalidades e inconstitucionalidades arguidas pela Recorrente nesta esfera de julgamento administrativo.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário e, por conseguinte, pelo não reconhecimento do direito creditório e pela não homologação das compensações efetuadas.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri