



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

**Processo nº** 10980.005511/2005-06  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **3801-000.483 – 1ª Turma Especial**  
**Data** 21 de março de 2013  
**Assunto** Solicitação de Diligência  
**Recorrente** AVENIDA 7 MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros José Luiz Bordignon, Sidney Eduardo Stahl, Marcos Antonio Borges, Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Flávio De Castro Pontes (Presidente).

## Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

*Trata o processo de pedido de restituição (apresentado por meio de formulário `papéis') de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), fl. 01, protocolizado em 14/06/2005, em relação aos pagamentos efetuados entre 15/03/1999 e 15/02/2004 para os períodos de apuração 02/1999 a 01/2004, no montante atualizado de R\$ 315.846,14, consoante planilha de fls. 05/07. Instruem o pedido, ainda, os documentos de fls. 02/04 e 08/14 (esclarecimentos acerca do pedido, cópia do cartão CNPJ, de procuração e de documentos societários).*

*2. À fl. 01, consta como motivo do pedido (campo 02): "Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Lei 9.718/198, Vide detalhamento anexo. "*

*3. Em 08/07/2005, após análise, o pedido foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba/PR, despacho decisório às fls. 17/19, em razão da decadência, a teor dos arts. 165 e 168 do CTN e item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, quanto aos recolhimentos havidos antes de 14/06/2000. Na mesma ocasião, e quanto aos pagamentos efetuados após 14/06/2000, considerou-se não formulado o pedido, por ter sido formalizado em desacordo com as normas de regência.*

*4. Inconformada com a decisão proferida, da qual foi cientificada em 12/07/2005 (fls. 20/21), a interessada interpôs, em 04/08/2005, manifestação de inconformidade a esta Delegacia de Julgamento, fls. 22/46, cujo teor é sintetizado a seguir.*

*5. Primeiramente, após breve relato dos fatos, afirma que o direito de pleitear a restituição relativamente aos recolhimentos anteriores a 14/06/2000 não está prescrito pois o prazo, tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, é de 10 (dez) anos (tese dos `cinco mais cinco'). Sobre o assunto, cita jurisprudência.*

*6. Após, aduz ser equivocada a decisão de não tomar conhecimento do pedido de restituição. Diz ter demonstrado que o pedido não poderia ter sido feito eletronicamente, elenca as hipóteses em que o pedido eletrônico deve ser efetuado e diz não haver dúvidas quanto à possibilidade de sua formalização nos moldes em que consta dos autos.*

*7. Na sequência, discorre sobre a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo contida no art. 3º, § 11 da Lei nº 9.718, de 1998. Disserta, também, sobre a majoração de alíquota da Cofins. Diz que se trata de exigência nova, que não obedeceu os ditames constitucionais. Saliencia não ser devedora da Cofins calculada com base na Lei nº 9.718, de 1998 e pede, ao final, o reconhecimento do direito pleiteado. Pede, ainda, que o crédito deferido seja compensado ou ressarcido, devidamente atualizado, nos termos da legislação.*

A Delegacia de Julgamento em Curitiba (PR), às fls. 50/59, proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000**PREJUDICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.**O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**Período de apuração: 01/05/2000 a 31/01/2004**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO SISTEMA ELETRÔNICO. APRESENTAÇÃO APOS 29/09/2003. INADMISSIBILIDADE.**Sem que haja impedimento de utilização do sistema eletrônico, considera-se não formulado o pedido de restituição apresentado em formulário impresso após 29/09/2003.**Solicitação Indeferida*

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 66 a 78, alegando e requerendo em síntese:

- o prazo para pleitear a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de dez anos (tese pacífica do STJ — 5 mais 5);
- não se enquadra nas hipóteses prevista para que se possa elaborar pedido de restituição por meio eletrônico, através do programa PER/DCOMP, razão pela qual o pedido foi elaborado em formulário;
- a ampliação da base de cálculo da Cofins conferida pela Lei nº 9.718/198 é ilegal e inconstitucional, conforme declarou o Supremo Tribunal Federal, devendo ser garantido o direito da contribuinte recolher a referida contribuição nos moldes da Lei Complementar nº 70/91, ou seja, incidente sobre o faturamento e não sobre a totalidade das receitas;
- os valores a serem restituídos deverão ser acrescidos dos juros nos moldes fixados pela Lei nº 9.250/95, desde a data do pagamento indevido.

## Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges

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

A questão posta em discussão envolve três pontos, quais sejam (i) prazo decadencial para requerimento de restituição de créditos tributários pagos indevidamente pelo contribuinte; (ii) o pedido de restituição apresentado em formulário impresso e (iii) direito ao crédito de COFINS pago com base no art. 3º, § 1, da Lei nº 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

### 1 – Preliminar: Do Prazo para o Pedido de Restituição.

Preliminarmente, no que tange à decadência, devemos atentar para o que dispõe os artigos 3º e 4º da Lei Complementar 118/05, que fixou o termo inicial do prazo para a restituição dos valores indevidamente recolhidos, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, na data do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN e com efeitos retroativos, o que equivale dizer que o prazo para restituição/compensação passou a ser de 5 anos, contados da data do pagamento indevido.

Sem adentrar, neste momento, em todas as discussões travadas pela doutrina e pelos Tribunais acerca do alcance da referida interpretação, o STF, no julgamento do RE nº 566.621/RS, julgado no qual havia sido aplicada a repercussão geral da matéria em exame, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 e firmou o posicionamento, por maioria dos votos, de que, somente para os processos ajuizados após a entrada em vigor da LC nº 118/2005, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, o prazo para compensação ou repetição do indébito tributário, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de 05 (cinco) anos contados do pagamento indevido. Segue a ementa, *in verbis*:

*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 autoproclamado 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*



## 2 – Preliminar: Pedido de Restituição Formulado em Papel.

Quanto à questão da forma de apresentação do pedido de restituição, assiste razão à recorrente, pois seu pleito refere-se também a pagamentos efetuados a mais de cinco anos da protocolização, e, conquanto possa-se alegar que o pedido deveria ter sido desmembrado em dois: um, para os pagamentos anteriores aos últimos cinco anos, e outro, para os demais pagamentos, há de se considerar que, reiteradamente, a administração tributária não conhece de pedidos formulados com fundamento em inconstitucionalidade de lei não declarada pelo Poder competente, com efeito **erga omnes**, haja vista a própria decisão ora recorrida.

Ademais, a atual sistemática de repetição de indébito, incluída tanto a restituição como a compensação, é hoje disciplinada pela Lei nº 9.430/96, que no seu art. 74 estabelece o procedimento para se apurar tal direito do contribuinte, não determina a obrigatoriedade do pedido administrativo ser feito pela via eletrônica, o que poderia atingir inclusive o basilar direito de petição do contribuinte.

Nesse ponto, cumpre lembrar que, nos termos do art. 74, § 12, alínea "f", da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, na hipótese em exame, caso houvesse declaração de compensação para o crédito pleiteado, tal compensação seria considerada não-declarada e não se lhe aplicaria o rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

## 3 – Mérito:

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".

Ocorre, todavia, que o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/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.*

No mais, o STF, no julgamento do RE nº 585.235, publicado no DJ nº 227 do dia 28/11/2008, julgado no qual havia sido aplicada a repercussão geral da matéria em exame, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Segue a ementa, *in verbis*:

*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.*

Diante disso, voltou-se a apurar a base de cálculo da COFINS segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Tal situação só foi se alterar com a edição da Medida Provisória 135, de 30/10/2003, convertida na Lei 10.833, de 29/12/2003, que instituiu a não cumulatividade na apuração da Cofins, produzindo efeitos a partir de 01/02/2004.

Neste sentido, entendo estarmos diante da hipótese prevista no artigo 62-A do 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, que dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, conforme colacionado acima.

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;\**

*(...)*”

Com efeito, é incontroverso o bom direito da recorrente em relação aos pagamentos posteriores a 14/06/2000, conforme a preliminar da decadência já analisada e tendo em vista que esse litígio administrativo tem como objeto principal a restituição de contribuição paga a maior com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Excelso STF (alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins).

Em que pese o direito da interessada, do exame dos elementos comprobatórios, Consta-se que, no caso vertente, os documentos apresentados são insuficientes para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins e eventuais pagamentos a maior. Consigne-se, por oportuno, que a interessada limitou-se em apresentar uma planilha às fls. 06 e 07.

Por outro lado, é notório que boa parte dos contribuintes recorreu ao Poder Judiciário em relação ao alargamento da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, o que implica, em tese, na renúncia à esfera administrativa.

Ante ao exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência, para que a Delegacia de origem:

a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;

b) apure a correta composição da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com base na escrituração fiscal e contábil, períodos de apuração de maio/2000 a jan/2004, segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, bem como verifique se constam nos sistemas de arrecadação os respectivos comprovantes de pagamento;

c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.

Após a conclusão da diligência, retornar o processo a este CARF para julgamento.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator