

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

Processo nº 13819.000978/2005-11
Recurso nº 254.117 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.349 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente WHEATON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ÁSSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

COFINS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O termo inicial para contagem do prazo decadencial de repetição de indébito é a data de extinção do crédito tributário, assim entendido o pagamento antecipado, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, sendo o termo final o dia em que se completa o quinquênio legal, contado daquela data.

COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS. ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.

Em sede de reafirmação jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins, mantida a majoração da alíquota desta última, o que, nos termos do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, permite a este conselho administrativo aplicar tal interpretação.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito à restituição do indébito relativo ao mês de maio de 2000, nos termos do voto do Relator.


Antonio Carlos Atulim – Presidente


Robson José Bayerl - Relator

EDITADO EM 23/06/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz E Antonio Carlos Atulim. Ausente o Conselheiro Ivan Allegretti.

Relatório

Albergam estes autos pedido de restituição de Cofins recolhido indevidamente no período fevereiro/1999 a maio/2000. O processo foi formalizado em 08/06/2005.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em São Bernardo do Campo/SP indeferiu o pleito suscitando a decadência do período janeiro/1999 a abril/2000, em face do transcurso do prazo quinquenal entre a data do pagamento e o protocolo do pedido, e, quanto ao remanescente, reputou o recolhimento em conformidade com a legislação de regência, não vislumbrando razão para sua devolução.

Em manifestação de inconformidade o contribuinte rebate a ocorrência da decadência, argumentando que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que o prazo a ser observado é decenal, contado do pagamento indevido; no mérito, defende a inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento promovido pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, citando farta jurisprudência que ampara sua reivindicação, e também a extensão dos efeitos das decisões *inter partes* já proferidas a respeito do tema aos casos análogos, em atenção aos arts. 37 da CF/88, 2º da Lei nº 9.784/99, 1º do Decreto nº 2.346/97, 101 do Regimento Interno do STF e 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP manteve o indeferimento, em acórdão assim ementado:

“Restituição de Indébito. Extinção do Direito.

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

Controle de Constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade da legislação é de competência exclusiva do Poder Judiciário. A extensão administrativa dos efeitos jurídicos de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no exercício do controle difuso condiciona-se às hipóteses estabelecidas no Decreto nº 2.346, de 1997.”



No recurso voluntário o contribuinte repete os fundamentos de sua irresignação alegando que a correta interpretação da legislação acerca da contagem do prazo decadencial, para repetição do indébito, perpassa o exame conjunto dos arts. 150, § 4º, 156, VII, 165, I e 168, I do Código Tributário Nacional, como já externado pelo STJ; que a Lei Complementar nº 118/05 não é aplicável ao caso, posto que os recolhimentos são anteriores à sua publicação, não podendo atingir fatos pretéritos; que a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 já foi reconhecida por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, devendo ser aplicada em observância ao art. 1º, § 4º do Decreto nº 2.346/97 e outras, como adrede citado; que o reconhecimento de seu direito à repetição é medida de igualdade tributária, porquanto, se porventura houver publicação de Resolução do Senado Federal, processos protocolizados anteriormente ao seu serão providos, o que não se compagina com os princípios da isonomia, moralidade e eficiência.

Na sessão de julgamento de abril/2010 o processo foi pautado com proposta de conversão do julgamento em diligência, cujo móvel consistia em verificar a existência de ação judicial versando sobre o tema em questão; todavia, o ora relator restou vencido em sua proposição.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Inicialmente, em ordem lógico-processual, examino a aventada decadência do direito de postular a repetição do suposto indébito e, de plano, não enxergo mácula na decisão vergastada.

Em que pese a tese do prazo decenal ser acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, é irreitorquível que sua aplicação em sede administrativa encontra óbice na dicção dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, *verbis*:

“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.”

Como se depreende da leitura dos dispositivos, diversamente do que prega a recorrente, sua regulação alcança, sim, fatos anteriores à sua edição, tendo em conta o caráter eminentemente interpretativo da norma, como expressamente previsto.

Assim, a extinção do crédito tributário se concretiza com o pagamento antecipado e não com a sua homologação, implicando no influxo dos arts. 165, I e 168 do

Código Tributário Nacional, sendo este o *dies a quo* para contagem do interregno decadencial, cuja fluência, no caso vertente, se estancou tão somente com o protocolo do pedido de restituição, ocorrido 08/06/2005, de tal sorte que os recolhimentos não açambarcados pelo quinquênio imediatamente anterior a esta data foram colhidos pela decadência, remanescendo, portanto, apenas o período de apuração maio/2000 incólume.

No que toca à questão de fundo - inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 como fundamento para a repetição do indébito -, antes de adentrá-la, destaco que este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, desde o então Conselho de Contribuintes, sempre se entendeu incompetente para cuidar de questões desta natureza, como sedimentado na súmula CARF nº 2: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Recentemente o Decreto nº 70.235/72, que trata do processo administrativo fiscal, teve seu art. 26-A profundamente alterado pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, passando textualmente a vedar aos órgãos de julgamento o afastamento ou a negativa de aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, fundado em inconstitucionalidade, contudo, este mesmo dispositivo excepcionou algumas hipóteses especialíssimas, como se verifica de sua redação:

“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)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (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: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)''.

Neste diapasão, registro que o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral da matéria aqui tratada e concluiu pela inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento veiculado no art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, em manifestação que reproduzo:

BASE DE CÁLCULO DA COFINS E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

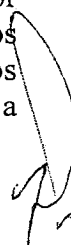
Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Como se observa, em que pese a matéria ainda não ser objeto de súmula vinculante, trata-se de decisão plenária com reafirmação de jurisprudência, donde se vislumbra definitividade do posicionamento externado, especialmente quando examinada à luz do disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Registro, no entanto, pelos próprios termos da manifestação pretoriana, que a majoração de alíquota prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/98, por seu turno, foi considerada constitucional, devendo a posição adotada na predita repercussão geral ser aplicada em sua integralidade.

Com esboço no predito § 6º, I do art. 26-A este colegiado já vem sistematicamente aplicando o entendimento da Corte Suprema em processos atinentes a lançamentos fiscais, não havendo qualquer justificativa para não estendê-lo aos pedidos de restituição, por aplicação da máxima *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (em tradução livre: onde há a mesma razão, idêntica deve ser a solução), pois, ainda que o STF venha posteriormente a modular os efeitos desta decisão, o caso ora versado estaria resguardado, eis que formulado anteriormente a qualquer manifestação neste sentido.

Este raciocínio pode ser extraído do exame do RE 560.626/RS, quando, por ocasião da edição da súmula vinculante nº 8, o Tribunal restringiu seus efeitos de modo que os recolhimentos efetuados sob a égide do art. 45 da Lei nº 8.212/91 foram considerados atos jurídicos perfeitos, não comportando sua restituição genérica, salvo aqueles impugnados até a data da decisão deste julgado, senão veja-se:



"EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

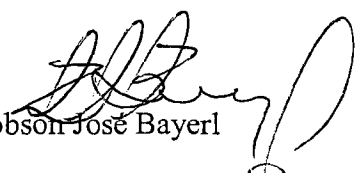
II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento" (DJ 5.12.2008)." (grifei)

Com estas considerações, voto por reconhecer a decadência do direito de repetição do período fevereiro/1999 a abril/2000 e, no mérito, dou provimento para que sejam restituídos os valores referentes às receitas oriundas do alargamento da base de cálculo, isto é, não provenientes da venda de bens e prestação de serviços, devidamente corrigidos, para o período remanescente.


Robson José Bayerl

