



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

Processo nº 13851.000794/2005-55
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-002.665 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de julho de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO COFINS
Recorrente BRASIL WARRANT ADM. DE BENS E EMPRESAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 10/05/1999

PEDIDO DE RESSARCIMENTO. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PARA PEDIDO DE RESSARCIMENTO. PEDIDO ANTERIOR AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. DECISÃO DO STF NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-B, DO CPC.

Conforme decisão do STF em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, nos pedidos de ressarcimento efetuados antes do *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005 (09/06/2005), o prazo para o ressarcimento conta-se pela teoria dos 5+5, pela qual são contados primeiro cinco anos para a homologação tácita e somente depois desses primeiros cinco anos é que se contam os cinco anos para a decadência do direito de repetição de indébito.

COFINS FATURAMENTO. RECEITAS FINANCEIRAS. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO JULGADA EM REPERCUSSÃO GERAL.

Em apreciação a Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, o STF julgou inconstitucional a base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, no que amplia o significado do termo faturamento. Assim, a COFINS tributada na forma da Lei nº 9.718/98 não incide sobre as receitas financeiras.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido(s) (o)s conselheiro(s) Júlio César Alves Ramos, que votou para converter o julgamento em diligência.

JULIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Alves Ramos (Presidente), Robson José Bayerl, Jean Cleuter Simões Mendonça, Eloy Eros da Silva Nogueira, Ângela Sartori e Cláudio Monroe Massetti (Suplente).

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição da COFINS paga supostamente de modo indevido em maio de 1999, no valor de R\$ 64.876,91, apresentado em 07/06/2005(fl.02).

A restituição foi negada pelo despacho decisório, sob fundamento de decadência e falta de comprovação do crédito.

A Contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, mas a DRJ em Ribeirão Preto/Sp manteve o indeferimento ao prolatar acórdão (fls. 368/374) com a seguinte ementa:

“RESTITUIÇÃO. AÇÃO JUDICIAL. OBJETO DIVERSO.

O pedido de restituição não pode ser amparado em ação judicial que tenha como objeto pedido diverso dessa pretensão.

DECADÊNCIA. INTERPRETAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN.

Solicitação Indeferida”.

A Contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 28/05/2009 (fl. 378) e interpôs recuso voluntário (fls.386/401) em 25/06/2009, com as alegações resumidas abaixo:

- 1- O indébito em questão tem origem no pagamento indevido do PIS sobre receitas financeiras auferidas pela Recorrente. A inconstitucionalidade do recolhimento foi reconhecida no Mandado de Segurança nº 1999.61.02.007037-5, distribuído perante a 6ª Vara da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP e transitou em julgado em 30/05/2008;
- 2- No mandado de segurança, a Recorrente pleiteou a inconstitucionalidade da exigência como um todo, contemplando todos os recolhimentos efetuados sobre a base de cálculo expandida da COFINS desde a que a Lei nº 9.718/98 passou a produzir efeitos. Por isso, o trânsito em julgado superveniente do mandado de segurança apenas ratificou a improcedência da exigência fiscal;
- 3- Os cinco anos do prazo decadencial começam a ser contados somente a depois de esgotados os cinco anos da homologação tácita;

Ao fim, a Recorrente pediu o provimento do recurso voluntário para que o direito creditório seja reconhecido.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A Recorrente busca a restituição da COFINS supostamente recolhida de modo indevido em razão do alargamento da base de cálculo da COFINS presente na Lei nº 9.718/98.

Além da questão do alargamento da base de cálculo, também foi devolvida para a apreciação deste Conselho a matéria quanto ao prazo decadencial para o pedido de restituição, o qual será analisado em seguida.

1. Do prazo decadencial para a Contribuinte pleitear a repetição de indébito de tributos sujeitos ao lançamento por homologação

O art. 168, inciso I, do CTN, determina que o direito de pleitear a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação extingue-se em cinco anos, contados da extinção do crédito tributário. Por sua vez, a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, em seu art. 3º, trouxe o seguinte:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/08/2014 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA, Assinado digitalmente em 15

/08/2014 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA, Assinado digitalmente em 19/08/2014 por JULIO CESAR ALVES

RAMOS

Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“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”.

Em 04/08/2011, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE - Recurso Extraordinário - nº 566621, reconhecendo a sua Repercussão Geral, nos termos do art. 543-B, do CPC - Código de Processo Civil, e decidiu que a Lei Complementar nº 118/2005 trouxe inovação normativa, de modo que a sua aplicação não retroage. Dessa forma, para os pedidos de ressarcimento efetuados antes do *vacatio legis* da citada lei, isto é, **antes de 09 de junho de 2005**, aplica-se o entendimento firmado pelo STJ, pelo qual o prazo para o ressarcimento é de cinco anos, a serem contados após os primeiros cinco anos do prazo para a homologação tácita (tese dos 5+5). Para os pedidos formulados após o *vacatio legis*, aplica-se o prazo de cinco anos, contados da data do fato gerador, em conformidade com Lei Complementar nº 118/2005. Abaixo segue a ementa do julgamento do RE nº 566621:

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. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273) (grifo nosso)

Como no julgamento do STF foi reconhecida a sistemática do art. 543-B, do CPC, é o caso da aplicação do art. 62-A, *Caput*, do Regimento Interno do CARF, cujo teor é o seguinte:

“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”.

No presente caso, o pedido foi protocolado em 07/06/2005 (fl.02), ou seja, antes do *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005, de modo que o prazo decadencial do direito de a Recorrente pleitear a restituição, *in casu*, deve ser contado pela tese dos 5+5.

O suposto pagamento indevido foi realizado em maio de 1999 (fl.02). Portanto, o direito da Recorrente não decaiu.

2- Da inconstitucionalidade do termo “faturamento” da Lei nº 9.718/98

Alega a Recorrente que o termo “faturamento” disposto na Lei nº 9.718/98 é inconstitucional por expandir o significado do termo.

O termo “faturamento” disposto no texto constitucional refere-se às receitas adquiridas com a venda de produtos ou prestação de serviço objeto da empresa, isto é, trata-se do resultado das receitas oriundas da atividade-fim da contribuinte. Por essa razão, quando o art. 3º, da Lei nº 9.718/98, dispõe que o faturamento “*corresponde à receita bruta da pessoa jurídica*” e o seu § 1º menciona que “*entende-se por receita bruta 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”, está-se ampliando a interpretação do texto constitucional de forma irregular.

O STF, em 10/09/2008, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235, com Repercussão Geral reconhecida, prolatou a seguinte decisão:

*EMENTA: 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.** (RE-RG-QO 585235, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, publicado em 28/11/2008,) (grifo nosso)*

Um dos precedentes utilizados pelo Supremo para chegar ao julgamento do RE 585.235 e reconhecê-lo na sistemática de repercussão Geral foi o seguinte:

*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. (RE 346084, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170) (grifos nossos)*

Em suma, o STF julgou que o PIS e a COFINS tributada na forma da Lei nº 9.718/98 incide somente sobre as receitas oriundas de venda e de prestação de serviço, não estando incluídas, dessa forma, as receitas financeiras.

Além disso, nas fls. 418/420, está a decisão do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 491.658, última decisão no processo do mandado de segurança impetrado pela Contribuinte, que segue a mesma linha da fundamentação acima e conclui pela inconstitucionalidade § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, *“na parte em que acrescentou receitas diversas daquelas do produto da venda de mercadoria, de mercadoria e serviços e de serviço de qualquer natureza ao conceito de receita bruta do contribuinte”*, julgando, ao final, prejudicado o agravo regimental e provido o recurso extraordinário interposto pela Contribuinte.

Portanto, em atendimento às decisões do STF, tanto no RE nº 585.235, reconhecido como repercussão geral, como no RE 491.658-AgR, do qual a ora Recorrente era parte, é indevido o pagamento da COFINS realizado sobre as receitas financeiras.

3. Do direito creditório

Esclarecidos os pontos acima, sabe-se que o direito da Recorrente não está decaído e que o pagamento da COFINS tributada com base na Lei nº 9.718/98 não incide sobre as receitas financeiras. Ultrapassada essa questão, cabe analisar se está comprovado o recolhimento sobre as receitas financeiras.

Nas fls. 111, a Recorrente juntou a demonstração da base de cálculo do PIS e da COFINS, demonstrando o rendimento de receitas financeiras no mês de abril de 1999 no valor de R\$ 2.162.563,57, o que resulta na COFINS de R\$ 64.876,91, mesmo valor pleiteado a título de restituição. Não obstante, na fl. 121, onde consta a demonstração de resultado do mês de abril de 1999, o valor das receitas financeiras soma R\$ 2.159.695,12, o que culmina no valor da COFINS de R\$ 64.790,85.

Isso leva à conclusão de que a COFINS recolhida sobre a receita financeira foi somente de R\$ 64.790,85, valor esse que deve ser restituído.

Ex positis, dou provimento ao recurso voluntário.

Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator

CÓPIA