



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

Processo n° 13855.001146/2005-86
Recurso n° 1 Voluntário
Acórdão n° **3801-001.722 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 27 de fevereiro de 2013
Matéria PIS - RESTITUIÇÃO
Recorrente MANUFATURAÇÃO DE PRODUTOS PARA ALIMENTAÇÃO ANIMAL
PREMIX LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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.

PIS. 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.

PIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PAGAMENTO A MAIOR OU INDEVIDO DE TRIBUTO. POSSIBILIDADE.

Caracterizado o pagamento a maior ou indevido da contribuição, o contribuinte tem direito à repetição do indébito, segundo o disposto no art. 165, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Recurso Voluntário Provido.

Processo nº 13855.001146/2005-86
Acórdão n.º **3801-001.722**

S3-TE01
Fl. 11

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso no sentido de 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 – Presidente e Relator.

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

Relatório

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

Trata o presente processo de pedido de restituição de créditos da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), referentes ao período entre fevereiro de 1999 e maio de 2000, no valor de R\$ 13.694,40, sob a alegação de que seriam indevidos, pois a contribuição foi calculada levando-se em conta a totalidade das receitas, e não o faturamento.

A DRF/Franca, por meio do despacho decisório de fls. 116/119, indeferiu a solicitação da contribuinte, sob a alegação de que os recolhimentos já foram atingidos pela decadência, haja vista que transcorreram mais de cinco anos entre os pagamentos e a formalização do pedido, a teor do art. 168 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 3º da Lei Complementar (LC) nº 118, de 2005.

Quanto ao mérito, indeferiu o pedido com base no fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, somente produziu efeitos para os integrantes da ação julgada e por entender que à esfera administrativa não cabe analisar a constitucionalidade das leis ou a legalidade dos atos administrativos.

A autoridade a quo ainda entendeu que, mesmo que superados os óbices acima, a interessada não faria jus à restituição porquanto não apresentou a documentação comprobatória do pedido.

Cientificada do despacho e inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 123/156, alegando, em resumo, quanto ao prazo para se postular a restituição, que, conforme jurisprudência pacífica do STJ, deve ser aplicada a tese dos “cinco mais cinco”, ou seja, a decadência se daria após cinco anos contados da homologação expressa ou tácita, nos termos do art. 150 do CTN.

Em relação à vigência do art. 3º da LC nº 118, de 2005, alega que o STJ também já decidiu que o disposto nesse artigo somente produziu efeitos após decorridos 120 dias da sua publicação e o seu pedido foi protocolizado anteriormente.

Caso não se entenda assim, requer alternativamente que se tome como o dies a quo do prazo decadencial a data do julgamento do STF que declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Acréscita que ao proceder assim, a autoridade administrativa não estaria analisando a constitucionalidade da lei, pois a postulante não está pleiteando a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que tal declaração já foi proferida pelo Supremo.

Argumenta que, na hipótese de tributo declarado inconstitucional, o Conselho de Contribuintes admite como início da contagem do prazo decadencial a data da publicação do acórdão proferido pelo STF em Adin, a data da publicação de Resolução pelo Senado Federal, pelo controle difuso, e a data da publicação de ato administrativo estendendo os efeitos da inconstitucionalidade a terceiros.

Alega que a publicação de Resolução pelo Senado tornou-se dispensável, pois esta teria “apenas tem o condão de lhe conferir publicidade”, conforme entendimentos de ministros do Supremo e do STJ, que cita.

Assinala que, no caso concreto, como não foi publicada Resolução a contagem do prazo decadencial nem sequer se iniciou e que o Supremo já encaminhou ao Senado ofício informando acerca do acórdão que declarou a inconstitucionalidade ora tratada.

Quanto ao mérito do pedido, reitera que não pleiteia a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição, mas apenas que se cumpra a decisão proferida pelo STF.

Alega que o Decreto nº 2.346, de 1997, “estabeleceu de forma expressa em seu artigo 4º, parágrafo único, que, havendo declaração de inconstitucionalidade de norma em Recurso Extraordinário pelo STF, devem as autoridades administrativas afastar a aplicação da referida lei.”

O Parecer PGFN nº 948, de 1998, também iria nesse sentido, bem assim o Conselho de Contribuintes.

Afirma que já houve proposta de edição de súmula vinculante sobre a matéria, cujo teor será deliberado futuramente.

Quanto à alegação da autoridade a quo de que faltariam os elementos de convicção, argumenta que, em respeito ao princípio da verdade material, ela deveria ter determinado a realização de diligência a fim de verificar a apuração dos débitos.

A DRJ em Ribeirão Preto (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos da ementa abaixo transcrita:

RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção

do crédito tributário, assim entendido o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LIQUIDEZ E CERTEZA.

Os valores recolhidos a maior ou indevidamente somente são passíveis de restituição/compensação caso os indébitos reúnam as características de liquidez e certeza.

CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em Recurso Extraordinário, não possui efeito erga omnes.

CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, instruído com diversos documentos, cujo teor é sintetizado a seguir.

Em breve arrazoado, inicialmente, descreve os fatos argumentando que pleiteou a restituição de pagamentos indevidos efetuados a título da contribuição PIS relativamente aos períodos de apuração de 02/1999 a 05/2000, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Sustenta que o entendimento consignado na r. decisão não pode prevalecer, tendo em vista o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da aplicação retroativa dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005 que, inclusive, deve ser observado por este E. CARF, nos termos do art. 62-A do RICARF.

Argumenta que afastada a aplicação retroativa dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, o prazo para a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação é de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais 5 (cinco) anos da homologação tácita, ou seja, deve ser observada a “tese dos 5 + 5” (...).

Aduz que nos termos do art. 62-A do RICARF e do inciso I do § 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, este E. CARF deve observar o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e, com isso, reconhecer a existência de pagamentos indevidos efetuados a título de PIS e Cofins sobre receitas não provenientes da efetiva venda de mercadorias e/ou prestação de serviços (como é o caso, por exemplo das receitas financeiras).

Por outro lado, caso não se entenda pelo imediato deferimento da restituição, deverá ser determinada a realização de diligência, sob pena de cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 65 da Instrução Normativa 900/2008.

Por fim, requereu o provimento do presente Recurso Voluntário.

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 07/06/2005, 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 contribuição PIS em razão da declaração da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, também 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 07/06/2005.

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 13855.001146/2005-86
Acórdão n.º **3801-001.722**

S3-TE01
Fl. 20

CÓPIA