



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

Processo nº 10675 900333/2006-55
Recurso nº 504.506 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.661 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de outubro de 2010
Matéria Restituição/Comp PIS
Recorrente SUPERMERCADO BERNADÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

PIS. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS COM INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM RAZÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETO-LEI Nº 2.455/88 E DECRETO-LEI Nº 2.449/88. DECADÊNCIA.

O direito a repetição de indébito tributário em razão da inconstitucionalidade dos Decreto-lei nº 2.455/88 e Decreto-lei nº 2.449/88 decai em 5 (cinco) anos contados a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/95.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesí Ortiz.

Relatório

Assinado e julgado em 27/12/2010 por ANTONIO CARLOS ATULIM 28/12/2010 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Autenticado digitalmente em 28/12/2010 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 04/01/2011 por CLÁUDIA ALICE ANDRADE LIMA - VERSO EM BRANCO

Trata o presente processo de pedido de compensação formalizado por meio de PER/DCOMP protocolado em 29/10/2003, cujos créditos referem-se a pagamentos indevidos de PIS em razão da exclusão na base de cálculo dos valores recolhidos nos moldes do Decreto-lei nº 2.445/88 e Decreto-lei nº 2.449/88, referente ao período de novembro de 1993

Em procedimento de auditoria eletrônica, o pedido de compensação não foi homologado em razão do DARF informado não ter sido localizado nos sistemas informatizados da Receita Federal.

Inconformada, a Recorrente impugnou o despacho, apresentando cópia de DARF, referente ao recolhimento do PIS. Alegando a procedência dos créditos em razão da inconstitucionalidade dos Decreto-lei nº 2.445/88 e Decreto-lei nº 2.449/88 e afirmando que o prazo prescricional para apresentação do pedido de compensação seria de 10 (dez) anos, contados do pagamento a maior realizado

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento manteve a não homologação do pedido de compensação por entender que os documentos apresentados não comprovam os créditos constantes da PER/DCOMP.

A ementa do Acórdão da DRJ foi a seguinte:

"ASSUNTO NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

COMPENSAÇÃO

Não se homologa a compensação quando não comprovado o crédito objeto da Declaração de Compensação – DCOMP.

Solicitação Indeferida"

Cientificada da decisão da DRJ, a empresa apresentou recurso voluntário, requerendo a reforma da decisão, repisando as alegações apresentadas na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

A Recorrente alega que o prazo decadencial para repetição do indébito, no caso dos tributos sujeitos a homologação, ocorreria 5 (cinco) anos contados da data do fato gerador, acrescidos de mais 5 (cinco) anos da homologação tácita, em um prazo total de 10 (dez) anos do fato gerador.

Assinado digitalmente em 27/12/2010 por ANTONIO CARLOS ATULMI, 20/12/2010 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

RA

Autorizado digitalmente em 20/12/2010 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 04/01/2011 por CLAUDIA LICE ANDRADE LIMA - VERSO EM BRANCO

Para analisar a questão vamos lembrar o que preceitua a legislação que trata da matéria, inicialmente, os artigos 165 a 169 do Código Tributário Nacional que definem o instituto da restituição e o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Pagamento Indevido

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;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento,

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória

Art. 166 A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la

Art. 167 A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar

Art. 168 O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória

Art. 169 Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomençando o seu curso, por metade, a

partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada "

O art 168 deixa claro que o prazo para pleitear a restituição, extingue-se 5 (cinco) anos da data da extinção do crédito tributário.

O Recorrente nas suas alegações, afirma que a data da extinção do crédito, no caso dos tributos sujeitos a homologação, somente ocorreria quando do prazo final da homologação, conforme o § 4º, do art. 150, do CTN

" Art 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação "

Tratando exatamente desta matéria, foi editada a Lei Complementar nº 118, de 9, de fevereiro de 2005 que no seu art. 3º, define a interpretação a ser aplicada ao inciso I, do art. 168 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 "

Com a interpretação definida pela Lei Complementar nº 118 em conjunto com § 1º, do art. 150 do CTN. O prazo para a repetição do indébito do crédito tributário sujeito a homologação, é de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento indevido. Não assistindo razão a Recorrente nas suas pretensões.

A dúvida que persiste e que merece um melhor detalhamento é a data a ser considerada no termo inicial para contagem do prazo decadencial, nas situações que envolvem inconstitucionalidade de lei tributária. Considerando que no caso em tela, os créditos teriam origem na suspensão da execução dos Decretos-Lei nº 2.445/88 e Decreto-Lei nº 2.449/88 pela Resolução do Senado Federal nº 49, publicada em 10 de outubro de 1995 é necessário definir o termo inicial para contagem do prazo quinquenal.

Os recolhimentos efetuados sob a égide dos Decretos-Lei 2.445/88 e 2.449/98 somente passaram a ser indevidos com a publicação da RSF nº 49/95. Portanto, o prazo para início da contagem do prazo prescricional somente poderia ocorrer após a publicação da RSF nº 49/95, quando os pagamentos passaram a ser considerados indevidos.

A matéria já foi enfrentada no Acórdão 203-12.537, de relatoria da e. conselheira Sílvia de Brito Oliveira, que decidiu no sentido de considerar a data da publicação da RSF nº 49/95, como termo inicial para contagem do prazo para pleitear a repetição do indébito. O voto condutor desta decisão indicou os fundamentos do seu convencimento que estão em plena consonância com o entendimento deste Relator, razão pela qual peço vênha para incluir no meu voto, fazendo dele minhas razões de decidir.

"Preliminarmente, divergindo da instância recorrida e também da recorrente, no caso concreto em apelo, para analisar a questão da decadência do direito de repetir o indébito, considero irrelevante a data da extinção do crédito tributário, independentemente da modalidade de lançamento a que está sujeito o tributo. Isso porque está-se tratando de indébito decorrente da declaração de inconstitucionalidade da legislação que regia a cobrança e o pagamento do tributo, configurando-se a hipótese prevista no art. 165, inc. I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966- Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece,ipsis litteris:

"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;

(Grifou-se)

Contudo, o indevido prescrito no dispositivo supracitado somente se caracteriza a partir da publicação da Resolução do Senado e, assim sendo, o marco temporal para tratar da decadência do direito de pleitear o indébito não pode se afastar da data de publicação dessa Resolução, visto que somente a partir de tal data pode-se falar em indébito, pois até então o

tributo fora pago em perfeita consonância com o ordenamento jurídico vigente

Ora, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência do direito de pleitear a restituição de valores relativos a tributo pago com base em legislação declarada inconstitucional, erga omnes, no plano pessoal, tendo em vista a suspensão da referida legislação, por força de Resolução Senatorial, constitui matéria que foi minudentemente analisada pela então Coordenação-Geral do Sistema de Tributação (Cosit), da Secretaria da Receita Federal (SRF), no Parecer Cosit nº. 58, de 27 de outubro de 1998, cujas conclusões adoto por refletir meu entendimento sobre a questão

Do referido Parecer transcrevo os seguintes trechos

"25 Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável, que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível

Assim, antes de a lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, eram a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos

26 Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos erga omnes, que, conforme já dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição de ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº2 346/1997, art. 49

26.1 Quanto à declaração de inconstitucionalidade de lei por meio de ADIn, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data do trânsito em julgado da decisão do STF.

27. Com relação às hipóteses previstas na MP nº 1 699-40/1998, art. 18, o prazo para que o contribuinte não-participante da ação possa pleitear a restituição/compensação ou se iniciou com a data da publicação

1) da Resolução do Senado nº11/1995, para o caso do inciso I,

2) da MP nº1 110/1995, para os casos dos incisos I a VII,

3) da Resolução do Senado nº 49/1995, para o caso do inciso VIII.

4) da MP nº1 490-15/1996, para o caso do inciso IX

28 Tal conclusão leva, de imediato, à resposta à quinta pergunta. Havendo pedido administrativo de restituição/compensação do PIS, fundamentado em decisão judicial específica, que reconhece a inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 2.445/1988 e 2.449/1988 e declara o direito do contribuinte de recolher essa contribuição com base na Lei Complementar nº 77/1970, o pedido deve ser deferido, pois desde

a publicação da Resolução do Senado nº 49/1995 o contribuinte -mesmo aquele que não tenha cumulado à ação o respectivo pedido de restituição - tem esse direito garantido "

(Grifei)

Esse entendimento ampara-se precipuamente no princípio de que as leis nascem com presunção de constitucionalidade e no incontestável fato de que os valores pagos com base nessas leis presumidamente constitucionais somente se tornam indevidos ou maiores que o devido em face da legislação tributária aplicável nos termos do art 165, inc I, do CTN, após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em ADIn, ou após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspenda a execução dessas leis

Assim, não pode ser dada ao art 168, inc I, do CTN, que trata do termo a quo para a contagem do prazo decadencial, interpretação literal que, em última análise, terminaria por negar eficácia ao art 165, inc I, desse mesmo Código, tendo em vista que o tempo médio de solução das demandas judiciais, com trânsito em julgado das decisões, sabidamente supera os cinco anos de que trata o inc I do precitado art 168

Concluo, pois, que, independentemente da modalidade de lançamento do tributo, devem ser restituídos todos os valores comprovadamente pagos até a publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, de 9 de outubro de 1995, que, em decorrência dessa Resolução, tomaram-se indevidos, desde que o pedido de restituição seja protocolizado no quinquênio imediatamente posterior à publicação da referida Resolução. Destarte, considerando que a publicação da Resolução em tela se deu em 10 de outubro de 1995, o direito de solicitar a restituição do indébito dela decorrente decaiu em 11 de outubro de 2000. Em face disso, uma vez que o pedido em exame foi protocolizado em 19 de fevereiro de 2002, encontra-se ele fulminado pela decadência, restando prejudicada a análise do mérito relativo ao art 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970.

No caso em tela o protocolo da PER/DCOMP ocorreu em 29/10/2003, data posterior ao prazo quinquenal para apresentação do pedido de compensação que se extinguiu em 11/10/2000, 5 (cinco) anos após a publicação da RSF nº 49/95.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, por considerar alcançado pela decadência a PER/DCOMP objeto do presente pedido de compensação.

Winderley Moraes Pereira

Assinado digitalmente em 27/12/2010 por ANTONIO CARLOS ATULIMA 20/12/2010 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Assinado digitalmente em 20/12/2010 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 04/01/2011 por CLÁUDIO ALVES ANDRADE LIMA - VERSO EM BRANCO



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Quarta Câmara

3ª Seção
CARF/MF-DF
Fl.

Processo nº : 10675.900333/2006-55

Interessada : SUPERMERCADO BERNARDÃO LTDA

Juntado aos autos o **Acórdão 3403-00.661**, por meio do qual o Colegiado negou provimento ao recurso voluntário.

Encaminhe-se à unidade de origem para ciência da interessada e demais providências cabíveis

Brasília, 27 de dezembro de 2010.

Antonio Carlos Atulim
Presidente da 3ª Turma Ordinária