

Laud

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

Processo nº 10768.004273/2003-66
Recurso nº 237.069 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.416 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de junho de 2010
Matéria PIS
Recorrente QUÍMICA INDÚSTRIAL FIDES S.A.
Recorrida DRJ RIO DE JANEIRO/RJ

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1993 a 31/03/1994

PIS. RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA O PEDIDO.

O prazo para pedido de restituição ou para realização de compensação é de cinco anos, contados a partir do recolhimento indevido ou a maior do que o devido.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

ACORDAM os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator designado, vencido os Conselheiros Alexandre Gomes (Relator), Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto que davam provimento ao recurso. Designado o Conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto vencedor.

Walber José da Silva
Walber José da Silva – Presidente

Alexandre Gomes
Alexandre Gomes – Relator

José Antonio Francisco
José Antonio Francisco – Redator Designado

EDITADO EM: 12/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Luis Eduardo G. Barbieri, Alexandre Gomes (Relator) e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de Declaração de Compensação (fl. 1/3) – não-homologada - de débitos de Cofins e PIS, relativos ao período de apuração de abril de 2003, com créditos oriundos de pagamentos ocorridos no período de 08/04/1994 a 10/10/1994, considerados indevidos ou a maior que o devido, a título de PIS (cód. 3885), recepcionada pela SRF em 15/04/03.

A autoridade fiscal, com base no Parecer Conclusivo nº 164/03 (fl.13), decidiu (fls. 14) não homologar a compensação efetuada, por entender que a contribuinte não possuía o direito creditório declarado, pois, teria ocorrido a decadência com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento, conforme artigos 168, I cc 165, I da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional (CTN), e Ato Declaratório SRF nº 96/99.

Cientificada da decisão em 27/08/03, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, em 02/09/2003, alegando, em síntese que:

a) O direito ao crédito já foi reconhecido pelo Judiciário, nos autos do processo nº 2000.5101026317-0, em que postulou o direito de apurar o PIS, na forma da LC 7/70 contrariamente à forma dos DL 2445 e 2449/88, especialmente no que tange a semestralidade;

b) Naquela ação foi reconhecido o crédito da impugnante, tendo sido declarado ainda que, no caso, os prazos de decadência e de prescrição contam-se da Resolução do Senado Federal 49/95, que suspendeu a eficácia dos DL 2445 e 2449/88;

c) A Resolução do Senado Federal nº 49/95, baixada em 10/10/95, permitiu o ajuizamento da ação até 09/10/2000, tendo sido a ação da impugnante proposta em 08/10/95;

d) A decisão proferida na mencionada ação judicial afastou expressamente tanto a prescrição quanto a decadência;

e) A questão da decadência do direito à restituição nos tributos lançados por homologação já fora objeto de análise na 1ª seção do STJ, tendo sido decidido que o prazo decadencial começa a fluir após o decurso de cinco anos do fato gerador, somados de mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento;

f) Nos casos de tributos declarados inconstitucionais, caso do PIS, o prazo quinquenal para pleitear a restituição tem início com a publicação da decisão do STF ou da resolução do Senado Federal.

A impugnante apóia seus argumentos na doutrina e nas jurisprudências dos Egrégios STJ e STF, requerendo, ao final, deferimento do pedido de reconhecimento do direito creditório e homologação da compensação efetuada.

A DRJ do Rio de Janeiro II, após análise do processo entendeu por bem não homologar a compensação, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

Laud

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/07/1993 a 31/03/1994

Ementa: Compensação. Ação Declaratória.

Decisão judicial de natureza meramente declaratória não qualifica imediatamente o sujeito passivo como possuidor de crédito compensável perante a Fazenda Nacional, logo, não pode amparar pedido ou declaração de compensação no âmbito administrativo.

Indébito fiscal. Restituição. Decadência.

O pagamento antecipado extingue o crédito referente aos tributos lançados por homologação e marca o início do prazo decadencial do direito de pleitear restituição de indébito.

Compensação não homologada.

Contra esta decisão foi interposto Recurso Voluntário, onde em síntese se alega que:

- a) os créditos são relativos aos recolhimentos de PIS nos moldes dos Decretos 2445 e 2449/88, ambos declarados inconstitucionais pelo STF;
- b) interpôs a ação declaratória nº 2000.51.01.026317-0 apenas para declarar que a base de cálculo do PIS era o sexto mês anterior e para afastar a decadência e a prescrição;
- c) a decisão de primeiro grau, datada de 22/08/2001, garantiu-lhes o direito de calcularem e recolherem o PIS no período de outubro de 1990 até o advento da MP 1212/95, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, bem como afastou a decadência por entender que o prazo seria de 10 anos (5+5);
- d) referida decisão foi confirmada pelo TRF da 2ª Região nos autos da apelação cível 2002.51.01.026317-0, onde restou decidido que:

“Voltando a exação a ser devida na forma instituída pela Lei Complementar 7/70, impõem-se concluir que, nos termos do seu art. 6º, a base de cálculo da exação é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Tratando-se de tributo sujeito a homologação, a extinção do direito de pedir a restituição só ocorrerá depois de cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, desde a data da homologação tácita.”

- e) o pedido de compensação foi protocolado em 15/04/2003, abrangendo recolhimentos compreendidos entre as competências 03/94 a 09/94, portanto dentro do decênio legal;

- f) o pedido de compensação teve por base a Resolução do Senado nº 49/95, e não a decisão judicial, uma vez que esta era meramente declaratória, e a Recorrente não precisava de decisão judicial para efetuar as compensações.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alexandre Gomes, Relator

O presente Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos e dele tomo conhecimento.

Trata-se de pedido de compensação de parcelas recolhidas a maior a título de PIS em razão da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos 2445 e 2449/88, com parcelas vincendas de PIS e COFINS relativas a competência 04/2003.

O pedido de compensação foi protocolado em 15/04/2003, e relacionou pagamentos a maior nas competências 03/94 a 09/94.

Conforme já me manifestei por diversas vezes em julgamentos anteriores tenho entendimento de que se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para os pedidos de restituição e compensação é de 10 anos, sendo cinco anos contados a partir do fato gerador, somados a mais cinco anos contados da homologação tácita do lançamento.

Ou seja, considero que somente após a homologação é que se inicia o curso do prazo prescricional quinquenal, de modo que, na prática, o prazo total fixado para restituição é de dez anos após o recolhimento indevido.

Neste sentido, o E. STJ, após inúmeras reviravoltas, já pacificou seu entendimento, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA.

INAPLICABILIDADE DO ART. 3º DA LC N. 118/2005. INÍCIO DA VIGÊNCIA SOMENTE APÓS 120 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA MESMA LEI.

Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

O disposto no artigo 3º da Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005 é inaplicável, uma vez que ainda não iniciada

Laud

a sua vigência, a qual somente terá início após 120 dias contados da publicação, a teor do artigo 4º da mesma lei.

Agravo regimental não conhecido.¹

E ainda:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. DECRETOS-LEIS NS. 2.445/88 E 2.449/88. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

ART. 3º DA LC N. 118, DE 9.2.2005. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp n. 435.835/SC, relator Ministro José Delgado, sessão de 24.3.2004, firmou o entendimento de que, no tocante à prescrição dos tributos sujeitos à homologação, aplica-se a teoria dos "cinco mais cinco".

2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso esta não ocorra de modo expresso, o prazo para haver a restituição é de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos da data da homologação tácita.

3. A Seção de Direito Público, no julgamento dos EREsp n.

327.043/DF, em 27.4.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC n.

118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias.

4. Embargos de divergência acolhidos.²

Ressalto que, em relação ao prazo fixado pela LC 118/05, entendo ser aplicável apenas a fatos geradores ocorridos após a sua entrada em vigor, não podendo retroagir seus efeitos para atingir situações já consolidadas. Este é o entendimento do STJ em diversos julgados recentes.

Como sou vencido, nesta Turma, quanto à tese dos cinco mais cinco, passo a analisar o presente processo a partir das decisões proferidas na Ação Declaratória proposta pelo Recorrente no ano de 2000.

Para isto transcrevo a ementa da Decisão do TRF 2ª Região que assim decidiu:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. PIS. MP 1212.

¹ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 653.771 - SP (2005/0009539-6). RELATOR : MINISTRO Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 05/05/2005.

² EREsp 541540 / SC. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

- A cobrança da contribuição para o PIS deve ser feita na forma da Lei Complementar nº 07/70, diante da inconstitucionalidade formal dos Decretos-Lei nº 2445/88 e 2449/88, conforme decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 148.754 e do RE nº 161.471.

- Voltando a exação a ser devida na forma instituída pela Lei Complementar nº 7/70, impõe-se concluir que, nos termos do seu artigo 6º, a base de cálculo da exação é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

- Tratando-se de tributo sujeito à homologação, a extinção do direito de pedir a restituição só ocorrerá depois de (05) cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais (05) cinco anos, desde a data da homologação tácita.

- Inexistência de base legal que permita a aplicação da correção monetária na base de cálculo do PIS.

- Manutenção da verba honorária.

De acordo com a decisão acima transcrita a Recorrente obteve tutela judicial que lhe garantiu que o cálculo do PIS recolhido a maior com base nos decretos 2445 e 2449/88, **deveria respeitar a semestralidade da base de cálculo e ao prazo de prescrição de dez anos.**

A decisão da DRJ do Rio de Janeiro entendeu que se tratava de compensação de crédito com base em discussão judicial, sendo aplicável o comando do art. 170 A do CTN, que impede a compensação de créditos oriundos de ação judicial antes do trânsito em julgado.

A respeito do assunto entendo por inaplicável ao caso em análise o disposto no art. 170 A do CTN, uma vez que a referida ação judicial foi interposta em momento anterior a entrada em vigor da alteração promovida pela LC 104/01. A ação foi proposta em 09/10/2000.

Neste sentido são os julgados do STJ:

"RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO. PIS. MESMA ESPÉCIE. POSSIBILIDADE. ART. 66 DA LEI 8.383/91. ART. 170-A DO CTN. INAPLICAÇÃO. LEI SUPERVENIENTE.

(...)

O artigo 170-A (introduzido pela LC 104/01) não atinge os pagamentos indevidos feitos antes de sua vigência, como no caso dos autos, mormente pelo fato de a ação ter sido proposta em 1998. Assim, o contribuinte, no âmbito do lançamento por homologação, declarará os valores a compensar, cabendo à Fazenda Pública, no prazo facultado pela lei, fiscalizar o procedimento, e, se necessário, lançar de ofício diferenças compensadas a maior.

Recurso especial conhecido e provido." (REsp 611.099/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 13.2.2006)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DOS ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. INAPLICABILIDADE DO DIREITO

Laud

SUPERVENIENTE. ART. 170-A DO CTN, ACRESCENTADO PELA LC Nº 104/2001. COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE.

I - A Egrégia Primeira Seção, no julgamento dos EREsp nº 488.992/MG, da relatoria do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/06/2004, consolidou o entendimento de que, em matéria de compensação tributária, deve ser observada a legislação vigente à época do ajuizamento da ação, não podendo ser julgada a causa à luz do direito superveniente.

II - Neste contexto, tendo a demanda sido ajuizada em 30/06/95, não há como se aplicar o teor do art. 170-A do CTN, acrescido pela Lei Complementar nº 104/2001, inexistindo vedação legal à compensação antes do trânsito em julgado.

III - Agravo regimental provido." (AgRg no REsp 770.939/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19.12.2005)

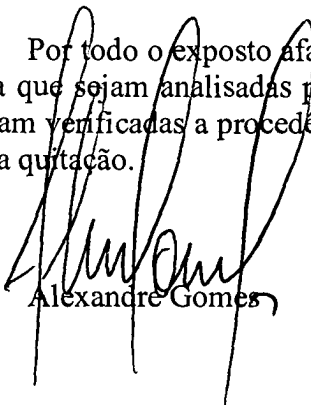
"TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A/CTN. LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001. INAPLICAÇÃO. LEI SUPERVENIENTE.

1. O artigo 170-A (introduzido pela LC 104/01) não atinge os pagamentos indevidos feitos antes de sua vigência.

2. Recurso especial não-provido." (REsp 814.226/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 7.4.2006)

Assim, não sendo aplicável o disposto no art. 170 A, poderia ter sido realizada a compensação antes do trânsito em julgado e, por consequência, a prescrição será de 10 anos a partir do recolhimento.

Por todo o exposto afasto a decadência alegada e dou provimento ao Recurso Voluntário para que sejam analisadas pela Delegacia de Origem as compensações realizadas, afim de que sejam verificadas a procedência das informações prestadas e existência de créditos suficiente para a quitação.


Alexandre Gomes

Voto Vencedor

Conselheiro José Antonio Francisco, Redator Designado quanto ao prazo do pedido

No tocante ao prazo para o pedido, em que pese o princípio da “actio nata”, o Superior Tribunal de Justiça persistiu em sua interpretação de que o prazo de cinco anos para o pedido de restituição somente iniciar-se-ia após os cinco anos da homologação tática, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o que resultou na aprovação do art. 3º da Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005:

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.

A regra também é válida para os casos de inconstitucionalidade de lei, embora o pedido administrativo de restituição, baseado em alegação que verse sobre inconstitucionalidade de lei, não seja possível, a não ser nos casos previstos no art. 62 do regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Ricarf, Anexo II à Portaria MF nº 256, de 2009:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

É que a prescrição refere-se à ação judicial, e não ao pedido administrativo.

Como, no ordenamento brasileiro, a constitucionalidade de lei pode ser discutida em qualquer ação, não há impedimento para que seja alegada no Judiciário. Dessa

Laud

forma, a presunção da constitucionalidade das leis não implica impedimento para que seja proposta a ação de repetição de indébitos.

Portanto, em todo e qualquer caso, a ação de repetição de indébitos poderia ser proposta pelo sujeito passivo logo depois de efetuar o pagamento indevido ou a maior do que o devido.

Descabe, no caso, aplicação por analogia de outros dispositivos legais, à vista de haver previsão específica a respeito do prazo de prescrição.

Deve-se, ainda, esclarecer que, em sessão de 12 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RE nº 560.626, 556.664, 559.882 e 559.943, estabeleceu modulação temporal para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que determinava às contribuições sociais prazo de decadência diverso do estabelecido no CTN.

Pela modulação temporal, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicariam aos casos de pagamentos efetuados pelos sujeitos passivos e ainda não objeto de contestação administrativa ou judicial.

Portanto, o efeito da modulação temporal foi o de extinguir o direito de repetição de indébito daqueles contribuintes que, até a data da declaração de inconstitucionalidade, não haviam requerido a restituição, liquidando com a tese de que o prazo para pedido, no caso de lei inconstitucional, começaria a contar da data da publicação da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade.

Ademais, o próprio STJ já superou a tese de que a data de publicação de resolução do Senado Federal ou de decisão do STF poderia ser considerada como termo inicial do prazo de restituição.

Por fim, no tocante à Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que, se o STF considerar que a interpretação do Superior Tribunal de Justiça contraria o CTN - vale dizer, a tese dos “cinco mais cinco” não se sustenta -, as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam “meramente interpretativas”.

No caso, no Recurso Extraordinário n. 566.621, apresentado pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria, estando a questão sob julgamento.

Portanto, enquanto não houver o julgamento da matéria pelo plenário do STF, não há como considerar o afastamento da referida LC em julgamento administrativo, à vista da Súmula Carf n. 2 e do já citado art. 62 do Ricarf.

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.



Tendo sido o pedido apresentado em 15 de abril de 2003, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 15 de abril de 1998, o que abrange a totalidade do pedido.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.


José Antonio Francisco