



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

Processo nº 10830.002728/2005-70
Recurso nº 500.723 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.733 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria PIS - Restituição
Recorrente TECNOL TÉCNICA NACIONAL DE ÓCULOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

PIS. RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005.
MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIACÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O Carf é incompetente para apreciar matéria relativa à inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

PIS. RESTITUIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL.

O prazo geral para pedido de restituição é de cinco anos contados da data 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, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Walber José da Silva - Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Alan Fialho Gandra, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 86 a 113) apresentado em 04 de agosto de 2009 contra o Acórdão nº 05-25.293, de 26 de março de 2009, da 1ª Turma da DRJ/CPS (fls. 80 a 83), cientificado em 06 de julho de 2009 e que, relativamente a pedido de restituição apresentado pela Interessada em 09 de junho de 2005, relativamente a PIS dos períodos de fevereiro de 1999 a abril de 2000, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos da ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo 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 que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Solicitação indeferida

O pedido foi inicialmente indeferido pelo despacho decisório de fls. 31 a 35 em 11 de agosto de 2008.

A DRJ assim relatou o litígio:

Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 1, protocolado em 09/06/2005, no valor de R\$ 4.628,05, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o PIS referente aos períodos de apuração de fevereiro/1999 a abril/2000, conforme planilha de cálculo às fls. 14/15 e Darf de fls. 16/23. A contribuinte fundamenta seu pleito alegando pagamento indevido em face da não recepção da Lei nº 9.718, de 1998, pela Constituição Federal de 1988, lei esta que alargou a base de cálculo do PIS.

A DRF em Campinas emitiu o Despacho Decisório de fls. 31/35, indeferindo o pedido de restituição, sob a fundamentação de que:

- *teria ocorrido a decadência do direito de pedir a restituição, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional e do Ato Declaratório SRF nº 96, 1999;*

- *a contribuinte não demonstrou a origem do indébito;*

- *não cabe à autoridade administrativa apreciar alegação de inconstitucionalidade.*

Cientificada desse despacho em 04/09/2008 (fl. 41v.), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 03/10/2008 (fls. 42/66), na qual alega que:

- *o direito creditório pleiteado não foi atingido pela decadência, pois quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá perder direito que não possa exercitá-lo. No caso presente, há clara situação jurídica conflituosa manifestada pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão de julgamento de 09/11/2005;*

- *conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;*

- *a nova interpretação dada pelos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, somente se aplicaria aos pedidos de restituição protocolizados após a entrada em vigor desse diploma legal, pois introduzem inovações ao plano normativo, possuindo natureza modificativa, razão pela qual não podem ser aplicados retroativamente;*

- *a norma sobre base de cálculo insculpida na Lei nº 9.718, de 1998, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, razão pela qual o direito creditório pleiteado é legítimo, na medida em que a interessada apenas excluiu da base de cálculo do PIS as receitas não compreendidas no estreito conteúdo do conceito de faturamento;*

- *não há que se falar em discussão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo na esfera administrativa, como registrou equivocadamente o despacho recorrido, posto que o STF, no âmbito de sua competência, já declarou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins;*

- *as disposições contidas nos arts. 1º e 4º do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997, que consolidam as normas e procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal, sustentam o reconhecimento de seu direito à restituição;*

- *a própria Administração Pública reconheceu o direito à restituição dos tributos declarados inconstitucionais, ao vetar o § 1º do art. 1º da Lei nº 10.736, de 2003, que pretendeu restringir o direito à restituição de valores recolhidos a título de contribuição previdenciária com base no § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870, de 1994;*

- *para que possa ser considerada tributável, a receita auferida pela contribuinte deve ter caráter de definitividade e decorrer da remuneração da atividade empresarial, ou seja, da específica atividade operacional da empresa. No caso, as receitas excluídas da base de cálculo do PIS têm origem unicamente nas receitas financeiras auferidas pela interessada no período de fevereiro/1999 a abril/2000. Vale ressaltar que, nas planilhas anexas ao pedido, estão demonstradas a base de cálculo do PIS originalmente calculada e a base de cálculo apurada após a exclusão das outras receitas (no caso, receitas financeiras).*

Ao final, a manifestante requer, se alguma dívida pairar sobre os cálculos efetuados, que seja realizada diligência na empresa, a fim de se comprovar o montante do indébito pleiteado nestes autos.

No recurso, a Interessada reafirmou as razões da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Quanto ao prazo para o pedido, observe-se que a tese de que o prazo iniciaria-se na data da publicação de resolução do Senado Federal ou de decisão do STF em ação direta também já foi superada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a única controvérsia que existe atualmente sobre a contagem de prazo para restituição gira em torno de o termo inicial ser a data do recolhimento ou a da homologação tácita (“cinco mais cinco”).

Nesse contexto, deve-se considerar que a tese dos “cinco mais cinco”, além de não se alinhar ao conceito de “actio nata” e aos princípios gerais que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118, de 2000, abaixo reproduzido:

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.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após a sua publicação, como ocorreu no Resp nº 644.736-PE.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso extraordinário da União em que se alegara violação à cláusula de reserva de plenário (RE 486.888-PE), determinou ao Superior Tribunal de Justiça que analisasse, por meio do órgão especial, a inconstitucionalidade do dispositivo.

Assim, em acidente de inconstitucionalidade (AI) em embargos de divergência no mencionado recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º em questão, da seguinte forma:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele

tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

Do exposto, conclui-se ser inegável tratar-se de matéria constitucional, uma vez que o mencionado art. 4º determina a aplicação retroativa da interpretação dada pelo art. 3º.

A matéria ainda se encontra em julgamento no Supremo Tribunal Federal (RE 566.621) e, como se trata de matéria constitucional, o disposto no art. 62 do Regimento Interno do Carf, anexo II da Portaria MF nº 256, de 2009, impede que seja afastada da aplicação da lei ao caso concreto, anteriormente à manifestação definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, conforme sua Súmula nº 2, o Carf é incompetente para se pronunciar a respeito de inconstitucionalidade de lei:

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

Dessa forma, embora se trate de tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é possível aplicá-la em sede de decisão administrativa, enquanto não declarada definitivamente sua eventual constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, aplica-se a regra geral de cinco anos contados do recolhimento indevido ou a maior do que o devido e, como o primeiro pedido foi apresentado em 09 de junho de 2005, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 09 de junho de 2000, o que corresponde à sua totalidade.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2010

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco

Processo nº 10830.002728/2005-70
Acórdão n.º **3302-00.733**

S3-C3T2
Fl. 118
