



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

Processo nº 11831.002978/2001-39
Recurso nº 140.803 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.295 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP PIS
Recorrente HISTEC INSTALAÇÕES E MONTAGENS LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

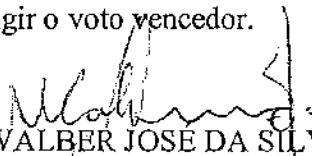
Período de apuração: 01/01/1989 a 19/03/1995

PRESCRIÇÃO. O prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes (Relator). Designado o Conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto vencedor.


WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente


JOSÉ ANTONIO FRANCISCO – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas e Tânia Mara Paschoalin (Suplente). Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição de PIS recolhidos indevidamente com base nos Decretos Lei 2445/88 e 2449/88, que foi protocolado em 20/11/2001 e compreende recolhimentos nas competências 01/89 a 09/1995. A partir do pedido de restituição foram efetuados diversos pedidos de compensação.

A Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo indeferiu os pedidos por entender que os créditos já se encontravam atingidos pela prescrição, uma vez que decorridos mais de cinco anos entre o recolhimento indevido e o pedido de restituição.

Não conformada a Recorrente apresentou manifestação de inconformidade onde alega em síntese que o prazo para os pedidos de restituição seriam de 10 anos, ou seja, a tese dos cinco mais cinco anos, e que não seria aplicável o disposto na Lei Complementar 118/2005 que somente produziria efeitos para fatos geradores posteriores a sua entrada em vigor.

A DRJ de São Paulo manteve a decisão impugnada em acórdão que assim ficou ementado:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1989 a 30/09/1995

**PIS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO -
DECADÊNCIA**

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, assim considerada a data do pagamento do tributo.

Solicitação Indeferida.

Irresignada a Recorrente interpões o presente Recurso onde requer o reconhecimento do crédito objeto do pedido de restituição, afastando-se a prescrição bem como pugna pela aplicação da semestralidade no cálculo do PIS.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE GOMES, Relator

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

Como já me manifestei em outras oportunidades, coaduno com o entendimento de que até o advento da Lei Complementar 118/05, o prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação.

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 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.

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

OW

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.

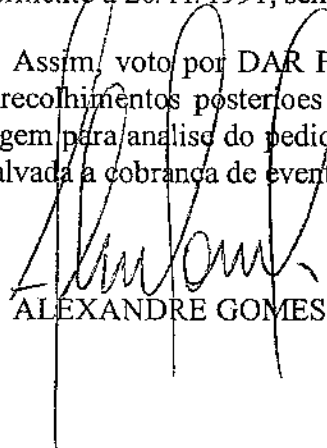
118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias.

4. Embargos de divergência acolhidos.²

Da análise do processo, verifica-se que o protocolo do pedido de restituição ocorreu em 20/11/2001, portanto anterior a entrada em vigor da LC 118/05, e abrangia às competências de 01/01/1989 a 19/03/1995.

Neste contexto estão atingidas pela prescrição os recolhimentos a maior efetuados anteriormente à 20/11/1991, sendo os demais, passíveis de serem restituídos.

Assim, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL para afastar a prescrição em relação aos recolhimentos posteriores a 20/11/1991, determinando o retorno dos autos a Delegacia de origem para análise do pedido de restituição e dos pedidos de compensação a ele vinculados, ressalvada a cobrança de eventuais diferenças em favor do fisco.


ALEXANDRE GOMES

² EREsp 541540 / SC. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Redator Designado quanto ao prazo para o pedido

No tocante ao prazo para o pedido, descabe razão à interessada.

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 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.

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”.

Portanto, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, não há como considerar o afastamento da referida LC em julgamento administrativo.

Tendo sido o pedido apresentado fora do prazo, voto por negar provimento ao recurso.


JOSÉ ANTONIO FRANCISCO