



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 13851.000696/2005-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3002-001.268 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 13 de maio de 2020
Recorrente ITAÚ-UNIBANCO S.A. (SUCESSOR DE E JOHNSTON PARTICIPAÇÕES LTDA)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 15/03/1999

RESTITUIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. MODIFICAÇÃO INTRODUZIDA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. EFEITOS. RETORNO DOS AUTOS À DRJ PARA NOVA DECISÃO.

Por meio do julgamento do RE nº 566521, com repercussão geral reconhecida, o STF firmou a tese de que “é inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, de modo que, para os tributos sujeitos a homologação, o novo prazo de 5 anos para a repetição ou compensação de indébito aplica-se tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

Seguindo a orientação do STF, o CARF aprovou a súmula nº 91, com o seguinte teor: “Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador”.

Uma vez constatado que o pedido de restituição fora apresentado anteriormente à data de 9 de junho de 2005, a pretensão do recorrente não encontra óbice no prazo prescricional, razão pela qual os autos deverão retornar à DRJ, para análise dos demais argumentos de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acatar a preliminar suscitada e, por consequência, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para fins de determinar que os autos retornem à DRJ para que esta, superada a prejudicial relacionada ao decurso do prazo prescricional para requerer a restituição, profira nova decisão, em que sejam analisados os demais argumentos apresentados pelo Recorrente desde a sua manifestação de inconformidade.

(documento assinado digitalmente)

Larissa Nunes Girard - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Larissa Nunes Girard (Presidente), Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Relatora), Carlos Alberto da Silva Esteves e Sabrina Coutinho Barbosa.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão da DRJ, às fls. 88/89 dos autos:

Trata o presente de pedido de restituição, protocolizado em 08/06/2005, referente à suposto pagamento indevido ou maior que o devido a título de Cofins efetuado em 15/03/1999.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araraquara, por meio do Despacho Decisório de fls. 26/31, indeferiu o pedido, com fundamento na ocorrência da decadência do direito de pedir e na falta de comprovação documental da existência do alegado crédito contra a Fazenda Nacional, de modo a permitir a aferição de sua liquidez e certeza.

Cientificado em 04/05/2009, fls. 81, o interessado apresentou manifestação de inconformidade em 03/06/2009, fls. 33/44, alegando, em breve síntese:

a) Que, através do Mandado de Segurança nº 1999.61.02.007037-5, obteve provimento jurisdicional que lhe autorizou a recolher as contribuições para o PIS e Cofins sem o alargamento da base de cálculo estabelecida pelo § 3º da Lei nº 9.718, de 1998;

b) Que, nos meses de março a junho de 1999, auferiu unicamente receitas financeiras e outros tipos de rendimentos não oriundos da venda de bens e serviços, conforme demonstrativo anexado e que, sobre tais rendimentos, aplicou as correspondentes alíquotas do PIS e Cofins, efetuando o recolhimento.

c) Que o provimento jurisdicional transitou em julgado e lhe assegurou o direito de calcular o PIS e a Cofins com base na Lei nº 9.715, de 1998 e na Lei Complementar (LC) nº 70, de 1991, ou seja, somente sobre o faturamento, excluindo-se as demais receitas não caracterizadas como senda da venda de mercadorias ou serviços;

A partir da exposição dos fatos que originaram o alegado crédito contra a Fazenda Nacional, contesta o decidido pela DRF em Araraquara, a saber:

Inicialmente alega que houve uma distorção do instituto da decadência e o que se aplica, na realidade, é a prescrição de seu direito de pedir a restituição, e que mostrará a sua inoccorrência no caso.

Alega que conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de lançamento por homologação, o prazo prescricional é cinco contados a partir da homologação tácita, ou seja, de dez anos contados a partir do fato gerador.

Que o art. 3º da LC 118, de 2005 modificou, e não apenas interpretou o Código Tributário Nacional — CTN — e, assim, não pode ser aplicado aos pedidos apresentados anteriormente à entrada em vigor da dita lei, que ocorreu em 09/06/2005.

Que, desse modo, o pedido foi apresentado dentro do prazo legal — 10 anos, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça — STJ, que declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118, de 2005, que determina a aplicação retroativa de seu art. 3º.

Ainda, alega que o ajuizamento do Mandado de Segurança importou em causa interruptiva da prescrição, nos termos do artigo 172 e 173 do Código Civil de 1916, vigente à época.

Uma vez que o trânsito em julgado da ação ocorreu em 30/05/2008, não há em que se falar em ocorrência do prazo prescricional, uma vez que este esteve interrompido até o referido trânsito em julgado.

Continua, alegando que tem direito à restituição aos recolhimentos efetuados nos meses de março a junho de 1999, que se afiguram indevidos, uma vez que as únicas receitas auferidas pelo Requerente nesse período corresponderam a receitas financeiras e outras receitas não oriundas da venda de bens e prestação de serviços, estas as únicas passíveis de tributação pelo PIS e Cofins, conforme o provimento jurisdicional conquistado.

Requer o conhecimento da manifestação, com a reforma da decisão recorrida e conseqüente deferimento do pedido de restituição.

O contribuinte juntou, com a manifestação de inconformidade (fls. 37/48), cópia de peças de processo judicial e documentos de contabilidade (demonstração de resultados do mês e demonstrativo da base de cálculo do PIS e da COFINS), às fls. 49/84.

Ao analisar o caso, a DRJ entendeu, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, conforme decisão que restou assim ementada (fls. 87/91):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 15/03/1999

DECADÊNCIA. INTERPRETAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o § 10 do art. 150 do CTN.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte foi intimado acerca desta decisão em 17/11/2010 (vide AR à fl. 96 dos autos) e, insatisfeito com o seu teor, interpôs, em 17/12/2010, Recurso Voluntário (fls. 97/109).

Em seu recurso, o contribuinte argumentou que o acórdão recorrido estaria equivocado, repisando o argumento de sua manifestação de inconformidade no sentido de que o prazo em discussão não seria decadencial, e sim prescricional. Nesse sentido, não teria ocorrido a prescrição, pois o prazo para reaver o indébito seria de dez anos contados do recolhimento indevido, e não de cinco anos. O PIS e a COFINS seriam tributos sujeitos a lançamento por homologação, de modo que o crédito tributário só se extingue com a homologação do lançamento dentro do prazo de cinco anos, o qual ocorre de forma tácita em caso de silêncio do fisco. Esse seria o entendimento uniformizado do STJ e adotado por este Conselho. Transcreveu decisões administrativas e judiciais sobre o tema. No presente caso concreto, não tendo ocorrido a homologação expressa pelo Fisco, vale o prazo decenal para a restituição do indébito.

Alegou que o artigo 3º da LC nº 118/05 só se aplicaria aos casos ocorridos a partir do início da sua vigência, já que não seria norma meramente interpretativa, mas modificativa, conforme a jurisprudência do STJ. Assim, não se aplicaria ao presente caso, não havendo que se falar em perda do prazo para pedir a restituição. Apontou para a existência do RE 566.621/RS, com repercussão geral reconhecida, e que, à época, aguardava julgamento pelo STF.

Ao fim, pediu a reforma do acórdão com o consequente deferimento do pedido de restituição. Pediu, também, a reunião dos processos administrativos que listou à fl. 109, por haver identidade na discussão neles contida.

Juntou com o seu recurso: procuração, atos societários, documento de identificação da procuradora, cópias de peças de processo judicial, despacho decisório e a respectiva comunicação ao contribuinte e histórico de postagem pelos correios (fls. 110/133).

Os autos, então, vieram-me conclusos para fins de análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora:

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Consoante acima narrado, verifica-se que o pedido de restituição apresentado pelo contribuinte fora indeferido desde a sua origem pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araraquara, por meio do Despacho Decisório de fls. 26/31, sob o fundamento de que a pretensão do contribuinte encontraria óbice no instituto da decadência. Mencionou, ainda, embora de forma sucinta, que o contribuinte não teria logrado comprovar a certeza e liquidez do direito creditório pretendido.

A DRJ, então, proferiu decisão acolhendo a fundamentação de decadência, não tendo chegado a adentrar no mérito da presente contenda, uma vez que, no seu entender, a análise do pleito da Recorrente encontraria óbice no decurso do prazo quinquenal. É o que se infere das razões de decidir constantes da decisão recorrida, abaixo reproduzidas:

Preliminarmente, quanto à apresentação do pedido, entendo que ocorreu a decadência do direito de pedir a restituição, aplicada para os recolhimentos efetuados anteriormente à 08/06/2000, ou seja, cinco anos antes da data do protocolo do processo.

Com a edição da Lei Complementar (LC) 118 de 9/2/2005, restou consignado que o direito de pleitear a restituição extingue-se no prazo de cinco anos, contados da data do recolhimento antecipado. Ademais, por se tratar de lei meramente interpretativa, aplica-se a fato pretérito, conforme previsto no art. 106, I do CTN. Vejamos:

Lei Complementar nº 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 § 10 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.

Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se ao 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; (Os grifos não são do original).

O pagamento objeto do presente pedido ocorreu em **15/03/1999** e o pedido foi protocolado somente em **08/06/2005**, ou seja, há mais de cinco anos da data do pagamento.

Não havia legislação vigente que estipulasse a data da extinção do crédito tributário como sendo a data da homologação expressa prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Havia, sim, entendimentos divergentes, causa de inúmeras discussões judiciais entre o Fisco e os contribuintes.

Com a edição da LC nº 118, de 2005, interpretando o art. 168, I, do CTN, e determinando expressamente que a data da extinção do crédito tributário é a data do pagamento antecipado de que trata o art. 150, I, do CTN, resolveu-se a questão.

Esse é o entendimento atualmente predominante na Câmara Superior de Recursos Fiscais — CARF, do Ministério da Fazenda, a exemplo do acórdão abaixo transcrito.

Processo nº 11020.002891/2006-11

Recurso nº 164162 Voluntário

Acórdão nº 1803-00148 — 3ª Turma Especial

Sessão de 25 de agosto de 2009

Matéria CSLL - Ex.: 1999

Recorrente TOMAZONI LABOLATORIO FOTOGRAFICO LTDA

Recorrida 5ª TURIVIA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

Assunto: CSLL

Ano-Calendário: 1998

Ementa: CSLL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. O prazo para o contribuinte pedir a restituição de saldo devedor de CSLL é de 5 anos contados do encerramento do correspondente período de apuração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Luciano Inocência dos Santos que afastava a preliminar de decadência pelo fato do pedido ter sido efetuado antes da Lei Complementar nº 118/2005, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

O fato do Superior Tribunal de Justiça — STJ — adotar entendimento diverso em relação ao alcance do referido dispositivo não anula o entendimento administrativo, pois suas decisões tem efeito somente entre as partes litigantes em processo judicial e, assim, não vinculam as decisões administrativas.

Ademais, esse entendimento do STJ não é definitivo, uma vez que a questão está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário RE 561.908/RS, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral do tema versado no processo, relativo à "definição da constitucionalidade da expressão 'observado quanto ao artigo 3º, o disposto no artigo 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966', constante do artigo 40, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005", expressão essa declarada inconstitucional pelo STJ.

Em verdade, de acordo com o parágrafo único do artigo 142, do Código Tributário Nacional — CTN, a autoridade encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de ultrapassar tais limites para examinar questões outras como as suscitadas na contestação em exame, uma vez que às autoridades tributárias cabe simplesmente cumprir a lei e obrigar seu cumprimento. Por oportuno, assinala-se que tal é a determinação do Parecer Normativo da COSIT/SRF de nº 329, de 1970:

"Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional".

No mesmo sentido, estabelece a jurisprudência dos tribunais de jurisdição administrativa:

EMENTA: COFINS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – A autoridade administrativa não tem competência legal para apreciar a inconstitucionalidade de lei, CONFORMIDADE DE LEI ORDINÁRIA À LEI COMPLEMENTAR. Da mesma

forma, falece competência à autoridade administrativa para o exame da legalidade de lei, assim entendido o exame da conformidade de lei ordinária à lei complementar. ANTERIORIDADE NONA GESIMAL - A incidência da COFINS sobre as cooperativas de crédito foi instituída por lei especial, a Lei nº 9.718/98, separado, portanto, da previsão de incidência das demais espécies de cooperativas. Inaplicável, na espécie, o Ato Declaratório SRF nº 88/99. Recurso negado. (Recurso Voluntário; 2o CC; Terceira Câmara; Acórdão - 203-07877)

Assim, voto pela improcedência da manifestação de inconformidade, uma vez verificada a ocorrência da decadência do direito de pedir, previsto no art. 168, I, do CTN.

O contribuinte, por seu turno, defende que haveria um equívoco na decisão recorrida, visto que o prazo em questão seria prescricional e não decadencial. Segue defendendo, então, que este prazo somente se operaria quando decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, parágrafo 4º do CTN), acrescido de mais 5 (cinco) anos, contados a partir da homologação (arrt. 168, I, do CTN) (tese dos cinco mais cinco), em razão dos efeitos prospectivos das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 118/05.

Entendo que assiste razão ao Recorrente neste particular.

Como é cediço, ao contrário do que entendeu a DRJ, o STF já pacificou o entendimento de que a modificação introduzida pela Lei Complementar nº 118/2005 não poderia ser aplicada retroativamente, não atingindo, portanto casos anteriores à sua vigência, cujo termo inicial data de 09/06/2005. E, no caso destes autos, vê-se que o pedido de restituição fora apresentado em 08/06/2005 (vide protocolo à fl. 02 dos autos), um dia antes, portanto, do termo inicial disposto na nova regra. Logo, aplicável ao presente caso o prazo prescricional de 10 (dez) anos (tese dos cinco mais cinco).

Este entendimento já se encontra pacificado no Judiciário, nos termos da decisão proferida no RE nº 566521, com repercussão geral reconhecida, em que, por meio de julgamento realizado em 04/08/2011, se firmou a seguinte tese:

É inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, de modo que, para os tributos sujeitos a homologação, o novo prazo de 5 anos para a repetição ou compensação de indébito aplica-se tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Ademais, importa registrar que este Colegiado encontra-se vinculado à aplicação do entendimento acima posto, em razão do disposto no art. 62, parágrafo 2º do RICARF, *in verbis*:

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. (...).

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Nesse mesmo sentido, há inúmeras decisões do CARF, a exemplo da a seguir colacionada, proferida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais vinculada à 3ª Seção de Julgamento:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1991

INDÉBITO. TRIBUTO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

A contagem do quinquênio prescricional, para repetição/compensação de indébitos tributários decorrentes de tributos sujeitos a lançamento por homologação, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 566.621, c/c o disposto no § 2º do art. 62, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), para os pedidos protocolados até a data de 09/06/2005, deve ser feita pela tese dos cinco mais cinco, cinco anos para a homologação tácita e mais cinco para a prescrição, totalizando dez anos a partir da data do respectivo fato gerador. (Acórdão nº 9303-010.089, de 23/01/2020).

Sedimentando ainda mais a matéria nesta esfera administrativa de julgamento, o CARF aprovou a súmula CARF nº 91, abaixo transcrita, cujo teor também vincula este Colegiado, conforme Portaria MF nº 277 de 07/07/2018:

Súmula CARF nº 91

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

No casos dos presentes autos, portanto, que versa sobre pedido de restituição de COFINS referente ao período de fevereiro/1999, apresentada em 08/06/2005, não restam dúvidas que o prazo prescricional aplicável era o de 10 anos (cinco mais cinco) e não de cinco anos, como constou da decisão recorrida.

Nesse contexto, uma vez verificada a não configuração da prescrição, indevidamente decretada pela DRF e mantida pela DRJ, os presentes autos deverão retornar DRJ para que esta, uma vez superada esta prejudicial de mérito, profira nova decisão, adentrando no mérito da presente contenda.

Não é demais mencionar que esta medida se impõe no intuito de evitar supressão de instância, uma vez que a DRJ não chegou a se manifestar acerca do mérito da presente contenda, tendo limitado as suas razões de decidir ao argumento atinente à prescrição, a qual denominou, equivocadamente, de decadência.

Por outro lado, entendo que não seria o caso de retorno dos autos à DRF visto que esta, em que pese ter apresentado fundamentação sucinta quanto a este ponto, também indicou em suas razões de decidir que o contribuinte não teria logrado comprovar a certeza e liquidez do direito creditório pretendido.

Da conclusão

Com fulcro nas razões supra expeditas, voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para fins de determinar que os autos retornem à DRJ para que esta, superada a prejudicial relacionada ao decurso do prazo prescricional para requerer a restituição, profira nova decisão, em que sejam analisados os demais argumentos apresentados pelo Recorrente desde a sua manifestação de inconformidade.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora