



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

Processo nº 16327.000942/2005-68
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.130 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de maio de 2013
Matéria PIS
Recorrente BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2000 a 30/04/2000

RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. PRESCRIÇÃO.

Para pedidos protocolados antes de 09/06/2005, 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. Afastada a preliminar de prescrição, deve a autoridade administrativa competente quantificar o crédito do contribuinte.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para afastar a decadência, nos termos do voto da Relatora.

Fez sustentação oral: Alexandra Cher - OAB/SP nº 127566

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA

Presidente

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas (relatora); José Antonio Francisco; Maria da Conceição Arnaldo Jacó; Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição (Fls. 01), apresentado em 08/06/2005, relativo a pagamento a maior de PIS no período de Janeiro a Abril do ano de 2000, em função do recolhimento da contribuição com fundamento no artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, o qual foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Despacho Decisório (fls. 290), baseado no Relatório da Delegacia (fls. 287/290), indeferiu o Pedido por entender que já havia se operado a decadência do direito do contribuinte de pleitear a Restituição e que, ademais, não havia certeza e liquidez do direito, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança não alcançava a Recorrente, pois não possuía efeitos *erga omnes*.

Irresignada, a Recorrente apresentou sua Manifestação de Inconformidade (fls. 295/330), na qual alega em síntese:

- inocorrência da decadência de seu direito de pleitear a restituição em tela, pois o prazo de 05 anos estabelecido pelo artigo 168, I do CTN apenas tem início com a homologação (tácita ou expressa) do lançamento e do pagamento indevido – no caso do PIS, que é tributo sujeito ao lançamento por homologação – em consonância com a interpretação da legislação aplicável, em especial o artigo 150 §4º do próprio CTN. Neste sentido, não haveria que se falar em decadência do Pedido sob análise, inclusive de acordo com jurisprudência pátria;

- ressalta não se tratar de caso de aplicação do disposto na Lei Complementar nº118/05, pois – nos termos das decisões proferidas pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que vêm sendo seguidas pelo próprio CARF - o prazo para restituição por ela tratado aplica-se apenas aos pedidos apresentados após 09/06/2005, enquanto o pedido sob análise foi apresentado anteriormente;

- argumenta que mesmo se tomada a data da publicação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que é momento reconhecido pela jurisprudência para que se inicie a contagem do prazo decadencial nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade, que declarou a inconstitucionalidade da cobrança em questão (RE 346.084) – qual seja, 09/11/2005 – também não há de se falar em decadência;

- afasta a alegação de que a esfera administrativa de julgamento não poderia analisar questão constitucional, citando decisões do próprio CARF que reconhecem ser preterição ao direito de defesa do contribuinte o não conhecimento de argumentos que indicam que a legislação aplicada ao caso concreto fere a Constituição Federal;

- esclarece que ainda que assim não se entenda, a própria Procuradoria da Fazenda Nacional reconhece que, em havendo jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade de norma, a respeito da matéria discutida em sede administrativa, deve ser observada a jurisprudência da Corte Constitucional;

- no mérito, em relação ao recolhimento a maior da contribuição, informa que ajuizou medida judicial para discutir as alterações legais promovidas pelos Decretos-Lei nº 2.445 e 2.449, na qual obteve provimento jurisdicional definitivo para afastar tais normas, submetendo-se ao recolhimento do PIS sobre o valor de seu imposto de renda, nos termos da Lei Complementar nº 07/70;

- argumenta que com o advento das Leis nº 9.715/98 e 9.718/98, e a modificação na base de cálculo das instituições financeiras (dentre outras), para determinar a incidência do PIS sobre o faturamento, assim entendido como a totalidade de receitas, é inconstitucional porque as instituições financeiras não poderiam recolher o tributo sobre tal base, modificando a disposição contida na Lei Complementar nº 07/70, do que se conclui que não apenas o alargamento do conceito de faturamento (promovido pela Lei nº 9.718/98) seria inconstitucional, mas a própria determinação de que as instituições financeiras, que não vendem mercadorias, passassem a recolher a contribuição sobre o faturamento (segundo a Lei nº 9.715/98);

- esclarece que a matriz constitucional do PIS seria o artigo 239 da Constituição Federal e o artigo 72, V do ADCT, o que significa que sequer com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98 foi “corrigida” a inconstitucionalidade das normas em questão;

- alega que, ainda que se admita que o fundamento de incidência do PIS é o artigo 195, I da Constituição Federal, também seria inconstitucional o alargamento da base de cálculo, promovido pela Lei nº 9.718/98, seja porque não é possível modificar conceito já existente, seja porque não havia na ocasião da publicação da citada norma, autorização constitucional para tal incidência (que só surgiu posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 20/98, aplicável somente à legislação futura);

- traz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu a inconstitucionalidade em questão, e determinou o afastamento do alargamento da base de cálculo do PIS.

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo o indeferimento do Pedido de Restituição (fls. 359/369), alegando a decadência do direito de pleitear a restituição pelo decurso de mais de 05 anos da data do pagamento indevido e por inexistir ação judicial própria da Recorrente, determinando o afastamento da base de cálculo perpetrada pela Lei nº 9.718/98, assim como não há Resolução do Senado Federal retirando o dispositivo legal do ordenamento.

Notificada a respeito da decisão a Recorrente apresentou seu Recurso Voluntário (fls. 372/408), no qual reitera os fundamentos anteriormente apresentados em sua Manifestação de Inconformidade.

Vieram-me então, os autos para decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele o conheço.

Cinge-se a controvérsia à questão do prazo que o contribuinte possui para apresentar seu Pedido de Restituição. Nos autos, o pedido foi apresentado em 08/06/2005, relativamente ao PIS pago indevidamente (com base em dispositivo declarado inconstitucional, posteriormente), nos meses de Janeiro a Abril de 2000.

Na análise do Pedido a autoridade fiscal, e a DRJ, limitaram-se a negar provimento com base exclusivamente na suposta decadência do direito do contribuinte.

Com razão a contribuinte. A norma que estabelece o prazo legal para repetição do indébito, qual seja, o Código Tributário Nacional, prevê expressamente a decadência do direito à restituição de tributos pagos indevidamente em 5 anos (art. 165, I c/c art. 168, I), **contados a partir da data da extinção do crédito tributário**, *verbis*:

“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.” (destaquei)

“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.

(...)”

Neste aspecto, o débito tributário se extingue com o seu pagamento, mesmo no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como o PIS, a saber:

“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.

(...)”

Logo, o pagamento do tributo constitui o início da contagem do prazo decadencial para o contribuinte requerer a restituição do pagamento indevido do tributo. É este também o entendimento deste Conselho, a saber:

“COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA. O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Recurso negado.” (Recurso nº 125408, Terceira Câmara, Processo nº 13657.000380/2002-80, D.O.U. de 28/02/2008, Seção 1, pág. 22 – NPM)

“COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. O prazo para pleitear restituição de pagamentos a maior ou

indevidos expira-se após contados cinco anos destes pagamentos. SOCIEDADES CIVIS. Até março de 1997, as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada que tiveram registro civil das pessoas jurídicas e foram constituídas por pessoas físicas domiciliadas no país eram isentas da Cofins, sendo irrelevante o regime tributário adotado. Aplicação da Súmula nº 276 do STJ. Recurso provido em parte.” (Recurso 124113, Primeira Câmara, Processo nº 10860.005349/2001-51, sessão 15/09/04, DPPU)

No que se refere às disposições contidas na Lei Complementar nº 118/05, transcrevo voto proferido pelo D. Conselheiro Alexandre Gomes, que com excelência discorreu sobre o assunto, *verbis*:

“Ocorre que, com o advento da Lei Complementar 118/05, a questão da prescrição do direito a repetição do indébito ganhou nova conotação, senão vejamos:

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

Não obstante afastar a interpretação que vinha sendo consagrada pela doutrina e pelo judiciário, a nova lei ainda determinou sua aplicação retroativa, uma vez que determinou a observância do disposto do art. 106, inciso I do CTN, que assim prescreve:

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;

É bom destacar que a respeito da legalidade do disposto no art. 4º da Lei Complementar 118/05, o STJ manifestou sua posição, entendendo pela manifesta inconstitucionalidade dos dispositivos, conforme se depreende da decisão proferida no Resp nº 644.736/PE, cuja ementa segue abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, 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. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

2. A norma do art. 3º da LC 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, em sessão de 06/06/2007, DJ 27.08.2007, declarou inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar.

3. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Contudo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Greice, analisou a natureza e as determinações contidas na Lei Complementar 118/2005 e decidiu que esta possuía natureza interpretativa, o que implicou no reconhecimento da legalidade da redução do prazo para a restituição dos tributos (10 anos para 5 anos) recolhidos a maior ou indevidamente, para os pedidos protocolados a partir de 09/06/2005, como vemos de sua ementa que segue transcrita:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

Ou seja, para os pedidos de restituição protocolados até 09/06/2005 teremos o prazo de 10 anos, e para os pedidos protocolados em datas posteriores teremos o prazo de 5 anos.

No presente caso o pedido foi protocolado em 11/05/2000, estando assim submetido ao prazo de 10 anos conforme interpretação conferida pela Lei Complementar 118/2005. Como o período relacionado aos alegados pagamentos indevidos compreende as competências 01/05/1991 a 30/09/1995 não há que se falar em prescrição dos créditos.

Por fim, vale registrar que o Regimento Interno do CARF determina a obrigatoriedade da aplicação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, com aplicação do rito estabelecido no art. 543-B do CPC, senão vejamos:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior

Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.”

Considerando que o Pedido de Restituição sob análise foi apresentado em 08/06/2005, não há de se falar em aplicação da Lei Complementar nº 118/05, assim como, não houve a decadência do direito de a Recorrente pleitear a restituição dos valores pagos a maior, em relação aos períodos de Janeiro a Abril de 2000.

Registre-se que o reconhecimento ao direito de apresentar o pedido de restituição não significa o reconhecimento do valor pleiteado, o qual deve ser apurado pela autoridade administrativa. Ainda, imperioso acrescentar que está assegurado ao contribuinte o direito de contestar o valor que vier a ser apurado pela fiscalização, inclusive com a apresentação dos recursos administrativos cabíveis nos termos do Decreto-lei nº 70.235/ 76.

Ante o exposto, conheço do presente recurso voluntário para o fim de DAR-LHE PROVIMENTO, afastando a decadência aventada pela v. decisão de primeira instância administrativa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de maio de 2013

(assinado digitalmente)

Relatora Fabiola Cassiano Keramidas