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

Processo nº	16327.000963/2005-83
Recurso nº	256.921 Voluntário
Acórdão nº	**3402-00.534 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	28 de abril de 2010
Matéria	PIS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.
Recorrente	UNIBANCO INVESTSHOP CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS E CÂMBIO S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/05/2000

PIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. CONTROLE DIFUSO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO.

É de cinco anos contados da data do pagamento antecipado o prazo para repetir o indébito decorrente de inconstitucionalidade declarada em controle difuso de constitucionalidade.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2000 a 15/06/2000

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

Deve ser restituído o indébito decorrente da declaração de inconstitucionalidade de lei em decisão plenária definitiva do STF.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos: I) em negar provimento ao recurso, em relação à decadência reconhecida como sendo 05 anos da data do pagamento. Vencido o Conselheiro Leonardo Siade Manzan que dava provimento ao recurso; e II) em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer o direito ao indébito relativo aos pagamentos efetuados que excederam ao devido com base na LC 07/70. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos e Nayra Bastos Manatta. Esteve presente ao julgamento o Dr. Rafael Perito.

Nayra Bastos Manatta - Presidenta

Sílvia de Brito Oliveira - Relatora

EDITADO EM 20/05/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

A pessoa jurídica qualificada nos autos deste processo protocolizou, em 08 de junho de 2005, pedido de restituição de valores pagos a título de contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) recolhida no período de fevereiro a junho de 2000.

O pleito está fundamentado na alegada inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da referida contribuição promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que teria tornado indevidos os pagamentos efetuados na parte que exceder o PIS apurado em conformidade com a Lei nº 7, de 7 de setembro de 1970.

A Delegacia Especial de Instituições Financeiras de São Paulo-SP indeferiu o pedido, nos termos do Despacho Decisório das fls. 88 a 92, ensejando a apresentação de manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo I – SP (DRJ/SPOI), que, por sua vez, indeferiu a solicitação, conforme Acórdão das fls. 111 a 120.

Contra essa decisão foi interposto o recurso voluntário das fls. 125 a 146, para alegar, em síntese, que:

I – a Lei nº 9.718, de 1998, ao alterar a base de cálculo da contribuição para o PIS, extrapolou os limites fixados pelo art. 195, inc. I, da Constituição Federal, e negou vigência ao art. 110 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), por isso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) nº 357.950, 390.840,358.273 e 346084, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998;

II – o art. 49, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, limita o reconhecimento de inconstitucionalidade aos casos que já foram julgados em definitivo, em controle difuso ou concentrado, pelo Pleno do STF; e

III – o prazo para repetir o indébito, no caso de homologação tácita de tributo sujeito ao lançamento por homologação, é de dez anos contados da ocorrência do fato gerador.

Ao final, solicitou a recorrente o provimento do seu recurso para reformar totalmente a decisão recorrida e deferir o seu pedido de restituição.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Sílvia de Brito Oliveira, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo, pois, ser conhecido.

Inicialmente, quanto à decadência, note-se que a recorrente fundamentou a defesa relativa a essa matéria na conhecida tese dos "cinco mais cinco", que agasalha o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para repetir o indébito é de dez anos contado do fato gerador, pois contar-se-iam cinco anos para a homologação tácita do lançamento, ocasião em que se tem por extinto o crédito e tributário e, portanto, somente a partir daí começaria a fluir o prazo decadencial de cinco anos.

Cumpre então examinar a matéria à luz do art. 150 do CTN, que estabelece, **ipsis litteris**:

> *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.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*
>
> *(Grifou-se)*

O prazo para pleitear a restituição de pagamento indevido é tratado no art. 168 do CTN, que assim estabelece:

> *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.

Ora, da literalidade das disposições acima transcritas infere-se que o prazo de decadência em questão é qüinqüenal e seu termo inicial é a data da extinção do crédito tributário.

A polêmica incitada pela peça recursal diz respeito então ao marco temporal dessa extinção, defendido pela recorrente como sendo o momento em que se resolve a condição referida no art. 150, § 1°, acima transcrito, pela homologação do lançamento. Sendo assim, na hipótese de homologação tácita, esse marco temporal ocorreria no quinto ano do fato gerador correspondente ao pagamento efetuado, em consonância com o § 4° desse mesmo art. 150.

Para fixar o termo inicial do prazo em questão, o art. 168 do CTN diferenciou apenas hipóteses de indébito tributário, não fazendo distinção entre extinção do crédito tributário sem condição e sob condição. Ocorre, porém, que, ao tratar da extinção do crédito tributário, o art. 156 desse mesmo Código estabeleceu, **ipsis litteris**:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

(...)

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1° e 4°;

(...)

Observe-se, pois, que o art. 156 do CTN, em seus incisos I e VII, caracterizou e bem diferenciou o mero pagamento, concernente aos tributos em geral, e o pagamento antecipado, intrinsecamente relacionado aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, para definir o momento em que ocorre a extinção do crédito tributário.

Ora, na redação do referido inc. VII, utilizou-se do conectivo "e" para afirmar a necessidade de concorrência de duas condições para se operar a extinção do crédito tributário na hipótese de lançamento por homologação, quais sejam, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento.

Destarte, à luz apenas dessas disposições do CTN, poder-se-ia dizer que assiste razão à recorrente relativamente à defesa do prazo decenal, contado a partir do fato gerador, para repetição de indébito sujeito ao lançamento por homologação, na hipótese em que tratar-se de homologação tácita. Entretanto, não se pode olvidar que a Lei Complementar n° 118, de 2005, estabeleceu que a extinção do crédito tributário ocorre no momento do pagamento antecipado, conforme dicção do seu art. 3°, que assim dispõe:

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.

Nesse ponto, cumpre lembrar a cláusula de vigência desse mesmo diploma legal formulada no seu art. 4°, com a seguinte dicção:

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.

Ora, o art. 106, inc. I, do CTN trata exatamente da aplicação retroativa de lei, com a seguinte dicção:

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;

(...)

Em face disso, a defesa oposta pela recorrente quanto ao prazo decadencial fenece diante dessas disposições legais, razão pela qual encontram-se decaídos os pagamentos efetuados anteriormente a 8 de junho de 2000.

Sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, e o dever da Administração Pública de afastar a aplicação desse dispositivo, entendo estar-se diante de hipótese prevista no art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do Carf aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, que prescreve:

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

(...)

Cumpre então registrar que o STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da supramencionada lei, tendo o Acórdão correspondente transitado em julgado em 5 de setembro de 2006.

Ora, a disposição regimental acima transcrita emana do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, a meu ver, no parágrafo único do seu art. 4º, trata de situação excepcional ao **caput** do artigo, pois, não mantendo o Carf subordinação hierárquica ao Secretário da Receita Federal, tampouco ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, seria esdrúxulo supor que a atuação desses órgãos julgadores estivesse vinculada a determinações emanadas dessas autoridades. Nesse ponto, frise-se que o próprio **caput** do art. em comento limita a abrangência dessas determinações ao âmbito das respectivas competências, referindo-se, com isso, não só à segregação das competências do Secretário da Receita Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, mas também à delimitada esfera de atuação de cada um, que, a todas as luzes, nesse particular, não alcança os órgãos julgadores da segunda instância administrativa.

Destarte o Decreto em tela, ao dispor sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais, expressamente impôs aos órgãos julgadores da administração fazendária o dever de afastar dispositivo declarado inconstitucional e, se tal dever não era cumprido até a publicação do novo Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é porque anterior disposição regimental, materializada no art. 22A introduzido pela Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, no Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, vedava expressamente o afastamento de dispositivo legal em virtude de inconstitucionalidade, na hipótese de que aqui se cuida.

Assim, a alteração da norma regimental, desde a Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, evidencia a mudança de entendimento sobre a matéria do Sr. Ministro da Fazenda e, nesse ponto, não se pode olvidar a subordinação direta dos Conselhos de Contribuintes a esse Ministro de Estado.

Note-se, pois, que o art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, cuidou de atribuir competência a dirigentes da administração fazendária para determinar, no âmbito de suas atribuições, que não se prossigam com exigências tributárias fundamentadas em dispositivos declarados inconstitucionais e, em seu parágrafo único, tratou das exigências já constituídas e na fase litigiosa do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário para deferir aos julgadores administrativos a competência para, na apreciação da lide, afastar os referidos dispositivo, conforme a seguir transcrito:

> *Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:*
>
> *I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;*
>
> *II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;*
>
> *III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;*
>
> *IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.*
>
> *Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.*

Assim sendo, uma vez que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, foi declarado inconstitucional em decisão plenária definitiva do STF, tem-se configurada a hipótese do art. 62, parágrafo único, inc. I, do já citado Regimento Interno do Carf, que, combinado com o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346, de 1997, impõe o reconhecimento do indébito, para os pagamentos efetuados a partir de 08 de junho de 2000, em relação à parte do tributo recolhido que exceder ao devido com base no faturamento de que trata a Lei Complementar nº 7, de 1970, por tratar-se de pessoa jurídica referida no art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Por todo o exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para, uma vez confirmado, pela unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o pagamento da contribuição para o PIS cuja cópia do comprovante consta da fl. 62, reconhecer o direito ao indébito decorrente dos pagamentos efetuados que exceder ao devido com base na Lei Complementar nº 7, de 1970.

É como voto.

Silvia de Brito Oliveira