



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo n° 19679.017136/2004-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3201-005.789 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de setembro de 2019
Recorrente MON TER INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/12/1998, 01/03/1997 a 31/12/2006

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL.

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. Súmula CARF n° 91.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/12/1998, 01/03/1997 a 31/12/2006

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO NÃO ANALISADO. SUPERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ANÁLISE DE MÉRITO. NECESSIDADE DE REANÁLISE DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO.

Superado fundamento jurídico para análise de mérito da declaração de compensação deve os autos retornar à unidade de origem para que se proceda o reexame do despacho decisório, com a apuração do indébito tributário.

Acordam os membros do colegiado, unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para que a unidade preparadora, ultrapassada a questão apreciada no presente voto (inocorrência da prescrição), prossiga na análise do mérito do pedido.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Leonardo Correia Lima Macedo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Hécio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Fl. 2 do Acórdão n.º 3201-005.789 - 3ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19679.017136/2004-46

Relatório

Para bem relatar os fatos, transcreve-se o relatório da decisão proferida pela autoridade *a quo* no Acórdão n.º 05-22.321:

Trata-se de pedido de restituição/compensação de fls. 01/02, protocolado em 10/12/2004, no valor de R\$ 225.380,91, correspondente a recolhimentos feitos a título de:

- PIS e Cofins dos períodos de apuração março/1997 a dezembro/2003 —alegando-se que a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de tais contribuições;
- PIS dos períodos de apuração junho/1996 a dezembro/1998 — alegando-se inconstitucionalidade da exigência dessa contribuição pela Medida Provisória n.º 1.212/95 até a edição da Lei no 9.715/98;
- Cofins dos períodos de apuração fevereiro/1999 a maio/2004 — alegando-se inconstitucionalidade da majoração da alíquota dessa contribuição de 2 para 3% pela Lei n.º 9.718/98.

A interessada apresentou suas razões As fls. 03/35, e seus cálculos As fls.269/274. Posteriormente, regularizou sua representação processual, apresentando os documentos de fls. 246/312.

Em 26/01/2006, a contribuinte apresentou retificação do pedido de restituição/compensação, incluindo valores que considera terem sido recolhidos indevidamente a título de PIS e Cofins no montante total de R\$ 75.340,15, relativos: aos períodos de apuração janeiro/2004 a dezembro/2005, com o fundamento de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins seria inconstitucional; aos períodos de apuração novembro/2004 a novembro/2005, com fundamento de que a majoração da alíquota da Cofins seria inconstitucional (fls. 329/334).

Em 17/04/2007, a contribuinte apresentou nova retificação do pedido de restituição/compensação, incluindo valores que considera terem sido recolhidos indevidamente a título de PIS e Cofins, no montante de R\$ 15.668,72, referente ao período de apuração de janeiro/2006 a dezembro/2006, com o fundamento de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional (fls. 313/327).

Ao direito creditório postulado a contribuinte vinculou débitos tributários mediante apresentação de declarações de compensação.

Remetidos os autos à DRF/Jundiai em agosto/2007, essa unidade emitiu o Despacho Decisório de fls. 440/445, indeferindo o pedido de restituição e não homologando a compensação dos débitos, fundamentando:

- no que tange à alegação da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins: referida base de cálculo é definida pelo artigo 2º da Lei n.º 9.718/98, que deve ser observada pela autoridade administrativa, em sua atividade vinculada. Demais disso referida discussão ainda não foi decidida no Supremo Tribunal Federal;
- quanto aos recolhimentos de PIS na vigência da Medida Provisória n.º 1.212/95: não há que se falar em valores indevidos, a partir de julho/1996, pois que o artigo 18 da referida Medida Provisória foi considerado inconstitucional somente no período outubro/1995 a fevereiro/1996;

- relativamente à alegação de inconstitucionalidade de majoração da alíquota da Cofins: o artigo 8º da Lei n.º 9.718/98 não foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

- ainda que existisse algum pagamento indevido ou a maior no caso em análise, já estaria extinto o direito da interessada em pleitear a restituição, a teor dos artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional, e do Ato Declaratório SRF no 96/99.

Cientificada desse despacho em 06/09/2007 (fl. 447), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 05/10/2007 (fls. 448/471), na qual relatou seu pedido, e respectivas retificações que teriam sido formalizadas em 26/01/2006, 26/06/2006, 14/06/2006 e 17/04/2007, e alega, em síntese e fundamentalmente, que:

- é certo que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a medida provisória é instrumento hábil para instituir ou aumentar tributo. Contudo, insurge-se contra o procedimento de introdução da medida provisória instituidora do tributo no sistema jurídico. As medidas provisórias têm que observar alguns requisitos devendo ter prazo certo para vigor, ou seja, trinta dias, podendo ser reeditada pelo prazo de sessenta dias, prorrogável por igual prazo, conforme preceitua o art. 62, § 3º, da Constituição Federal;

- é cabível a arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade na esfera administrativa, pois o direito da Recorrente decorre do princípio consagrado no art.5º, inciso LV, da Constituição Federal;

- quanto à Cofins, instituída pela Lei Complementar n.º 70/91, teve sua alíquota majorada por Medida Provisória, posteriormente convertida na Lei no 9.718/98, de hierarquia diferente, razão pela qual é inconstitucional. Afirma também que a Emenda Constitucional n.º 20/98, ao ampliar a base de incidência da Cofins, feriu cláusula pétrea da Constituição Federal, sem dizer que seu processo legislativo não seguiu as normas regulamentares. Dessa forma, todas as alterações realizadas no texto original da Cofins são inconstitucionais, sendo que a Cofins deve ser cobrada nos termos da Lei Complementar n.º 70/91, incidindo sobre o faturamento e com a alíquota de dois por cento;

- no que tange ao PIS, durante o período que vai da Medida Provisória n.º 1.212/95 até sua última reedição, os recolhimentos realizados não foram válidos, porquanto: medida provisória não pode criar ou alterar atributo; perdem sua validade após 30 dias se não apreciada pelo legislativo, caso em que não podem ser reeditadas; se reeditadas, desrespeitam o princípio da anterioridade, o qual não se coaduna com os requisitos de relevância e urgência dessa espécie legislativa. Aduz que na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.417-0, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a retroatividade da Lei no 9.715/98.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas, por intermédio da 1ª Turma, no Acórdão n.º 05-22.321, sessão de 04/07/2008, julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte, não reconheceu o pedido creditório e não homologou a compensação, assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/12/1998, 01/03/1997 a 31/12/2006

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de a contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

PIS. BASE LEGAL.

A exigência da Contribuição ao PIS passou a ser regulada pela Medida Provisória Federal n.º 1.212, de 1995, a partir de março/1996.

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/2004, 01/11/2004 a 30/11/2005

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de a contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

Irresignado, o contribuinte interpôs recurso voluntário no qual solicita a reforma da decisão recorrida para que lhe seja reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Em suma, repisa em recurso os mesmos argumentos suscitados em sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, Relator

O Recurso Voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Prazo para pedido de restituição

O pedido de restituição/compensação foi analisada pela Unidade de Origem da Receita Federal que a indeferiu sob o fundamento de que na data da sua formalização o direito da interessada repetir os indébitos reclamados encontrava-se alcançado pela prescrição quinquenal, nos termos dos arts. 168, do CTN c/c o art. 3º da LC nº 118/2005, quanto aos pagamentos efetuados até 10/12/1999, posto que a data de protocolo do pedido de restituição original foi 10/12/2004.

A manifestação de inconformidade interposta contra aquela decisão foi julgada improcedente pela DRJ, acrescentando aos fundamentos da DRF a inaplicabilidade do prazo de 10 anos em razão do ADN SRF nº 96/1999 e do Parecer PGFN/CRJ nº 1.538/99.

Irresignada, a contribuinte arguiu que a jurisprudência dos tribunais superiores estabeleceu-se prazo prescricional de 10 (dez) anos para o direito de pleitear restituição de indébito tributário, através da chamada tese dos "cinco mais cinco"

A tese defendida pela fiscalização/DRJ era acolhida em decisões administrativas e judiciais; todavia, atualmente, encontra-se pacificada e superada.

É verdade que prevalecera a tese de que o termo inicial do prazo para a repetição do indébito era a data do pagamento do tributo, sobretudo após a edição da Lei complementar n.º 118/2005, *verbis*:

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 entanto, o STJ firmou entendimento de que o preceito da parte final do art. 4º da LC n.º 118/2005, encontra-se maculado por vício de inconstitucionalidade, não se cogitando na aplicabilidade retroativa do disposto no artigo 3º, consoante esculpido Recurso Especial n.º 1.002.932/SP.

Em síntese, posicionou-se aquele Tribunal no sentido de que, no caso de repetição de indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo prescricional para protocolizar o pedido, após o advento da LC n.º 118/05, conta-se da seguinte forma:

1) Recolhimentos efetuados antes da LC 118/2005 (até 08/06/2005) – Prazo de 10 (dez) anos – tese dos "5 + 5", contados da ocorrência do fato gerador, limitado ao período máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova;

2) Recolhimentos realizados após a vigência da LC 118 (09/06/2005) – Prazo de 05 (cinco) anos a contar da data do pagamento indevido;

Corroborando a posição do STJ, o Supremo Tribunal Federal, pacificou a matéria, ratificando a inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º da LC n.º 118/2005, mantendo, portanto, o prazo prescricional com base na tese dos 5 + 5 para nos casos de recolhimentos indevidos ocorridos anteriormente à vigência do aludido diploma legal. Sua decisão foi exarada no Recurso Extraordinário n.º 566.621/RS, julgado sob a sistemática do rito previsto no artigo 543-B do antigo Código de Processo Civil.

A ressalva imposta pelo STF foi de que a LC n.º 118/05 poderá ser aplicado às "ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005."

Aos julgadores do CARF impõe-se a aplicação do que restar decidido pelo STJ e STF na sistemática do arts. 543-B e 543-C, do antigo CPC, a teor do que prescreve o disposto no caput do art. 62 da Portaria MF n.º 343/2015 - RICARF¹.

Quanto à aplicação das decisões dos Tribunais Superiores apenas às ações judiciais, excluindo-se dos pedidos administrativos, tem a Câmara Superior de Recursos Fiscais decidido a favor do contribuinte, a exemplo do Acórdão n.º 9303-003.313, decidido por unanimidade de votos, de lavra do Cons. Henrique Pinheiro Torres, no processo n.º 13766.000694/99-24, Sessão de 10 de dezembro de 2015. Segue excerto do voto:

[...]

Essa decisão não deixa margem a dúvida de que o artigo 3º da Lei Complementar n.º 118/2005 só produziram efeitos a partir de 9 de junho de 2005. Com isso, quem ajuizou ação judicial de repetição de indébito, em período anterior a essa data, gozava do prazo decenal (tese dos 5 + 5) para repetição de indébito, contado a partir do fato gerador da obrigação tributária. Ademais, não se pode olvidar que a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. Com isso, em matéria de controle de constitucionalidade, a última palavra é do STF. Por conseguinte, deve todos os demais tribunais e órgãos administrativos observarem suas decisões.

De outro lado, não se alegue que predita decisão seria inaplicável ao CARF, já que o acórdão do STF teria vedado a aplicação retroativa da lei aos casos de ação judicial impetradas até o início da vigência da lei interpretativa, pois o fundamento para declarar a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º acima citado, foi justamente a ofensa ao princípio da segurança jurídica e da confiança, o que se aplica, de igual modo, aos pedidos administrativos, não havendo qualquer motivo, nesse quesito – segurança jurídica – para diferenciá-los dos pedidos judiciais.

De todo o exposto, tem-se que aos pedidos administrativos de repetição de indébito, formalizados até 8 de junho de 2005, aplica-se o prazo decenal. Assim, no caso sob exame, na data em que protocolado o pedido de repetição (22/07/1999), os créditos a ele pertinentes não haviam sido alcançados pela prescrição.

[...]

Nesse mesmo sentido, recentes decisões da CSRF tem aplicado aos pedidos administrativos de restituição e compensação de tributos pagos indevidamente ao a maior as teses assentadas pelo STJ e STF. Cite-se os acórdãos n.ºs. 9303-005.488 (27/07/2017) e 9900-001.015 (11/12/2017), este do Pleno.

A matéria encontra-se pacificada com a edição da Súmula CARF n.º 91: "*Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de*

¹ 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.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)

tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador."

Com base nesse entendimento, tendo em vista os recolhimentos antes da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, e considerando que o Pedido de Restituição foi apresentado em **10/12/2004**, tem-se que, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de **junho/1996 a dezembro/2003**, a título de PIS e Cofins, não foram alcançados pela prescrição.

Os demais fundamentos da DRF/DRJ para o indeferimento do pedido de restituição relacionam-se à inaplicabilidade da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/1998 ao caso dos autos, em razão da decisão não ter efeito *erga omnes* e à inconstitucionalidade das Medidas Provisórias n.ºs 1.212/95 e 1.724+98 e suas reedições

Quanto à inclusão do ICMS no faturamento, base de cálculo das Contribuições, ao contrário dos entendimentos exarados na Unidade de Origem e na 1ª Instância, a Receita Federal editou a Solução de Consulta Interna n.º 13 – Cosit, de 18/10/2018, para determinar os procedimentos a serem observados no cumprimento da decisão em repercussão geral no RE n.º 574.706/PR. Dessa forma restam ultrapassados os fundamentos para a negativa de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS no presente caso.

Conclusão

Assim, uma vez não enfrentada efetivamente a matéria pela Unidade de Origem, considero que a solução da lide seja o retorno dos autos para apreciação do pedido do contribuinte, uma vez que afastada a prescrição do direito do contribuinte de ter analisado seu Pedido de Restituição formalizado em tempo hábil, e o reconhecimento pela Receita Federal, exarado na SCI n.º 13/2018 – Cosit, da exclusão do ICMS na base de cálculos das Contribuições para o PIS e para a Cofins.

Diante do exposto, **VOTO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso voluntário para que a unidade preparadora, ultrapassada a questão apreciada no presente voto (inocorrência da prescrição), prossiga na análise do mérito do pedido,

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira