



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA**

Processo nº 10183.004973/2002-41
Recurso nº 203-128.470 Especial do Contribuinte
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO PASEP
Acórdão nº 02-03.177
Sessão de 06 de maio de 2008
Recorrente GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

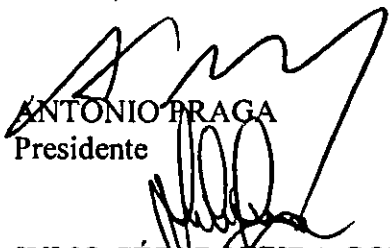
Período de apuração: 01/01/1992 a 31/12/1995

Somente após a Resolução do Senado Federal suspensiva dos efeitos da norma declarada inconstitucional em controle difuso é que se forma o indébito e, portanto, inicia-se o prazo prescricional para sua repetição, "*dies a quo*".

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez Lopez e Valmir Sandri (Substituto convocado) que deram provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO PRAGA
Presidente


JULIO CÉSAR TEIXEIRA GOMES
Relator

FORMALIZADO EM: 21 JAN 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros JOSEFA MARIA COELHO MARQUES, GILENO GURJÃO BARRETO, ANTONIO CARLOS ATULIM, MARIA TERESA MARTÍNEZ LOPEZ, GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, DALTON CÉSAR CORDEIRO DE MIRANDA, HENRIQUE PINHEIRO TORRES, LEONARDO SIADÉ MANZAN, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR (Substituto

convocado), ELIAS SAMPAIO FREIRE, RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA e VALMIR SANDRI (Substituto convocado).

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 81/97) interposto pela contribuinte em face do Acórdão nº 203-10.642 (fls. 75/77), no qual, por maioria de votos, decidiu-se negar provimento ao recurso, cuja ementa se transcreve:

"PASEP/RESTITUIÇÃO. TERMO A QUO PARA CONTAGEM DO PRAZO QUINQUENAL DO DIREITO DE REPETIR O INDÉBITO TRIBUTÁRIO. Tratando-se de tributo recolhido indevidamente ou a maior, fundado no julgamento, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, e da Resolução do Senado nº 49, de 10/10/95, esta é a data do termo a quo para a contagem do prazo prescricional do direito de pedir a restituição/compensação dos valores.

Recurso negado".

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido, o contribuinte requereu a restituição do PASEP em 21/11/2002 e o crédito que alega possuir foi apurado até o exercício de 1995.

O recurso foi baseado no artigo 5, II, do então vigente Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98. Alega que o prazo decadencial para pedir repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação é de dez anos (cinco+cinco), contado a partir do fato gerador, pela conjugação do art. 168, I com o § 4º do art. 150 do CTN.

Por meio do despacho nº 203-091 (fls. 132) foi dado seguimento ao recurso especial do contribuinte por ter sido comprovada a divergência jurisprudencial.

Cientificado em 28/12/2006 do Acórdão recorrido, do recurso especial interposto e do despacho que lhe deu seguimento parcial, a Fazenda Nacional apresentou, tempestivamente, com base no art. 34, § 1º, do já citado Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), contra-razões ao recurso interposto. Alega que o acórdão recorrido merece ser integralmente mantido, tendo em vista que a questão posta nos autos já se encontra pacificada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais no sentido de que o direito de pleitear a restituição do indébito extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos, contados da data do pagamento do tributo indevido, conforme inteligência dos artigos 168, caput e inciso I, 165, inciso I, e 156, inciso I do CTN.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES, Relator

A matéria devolvida a esta Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais cinge-se ao termo “*a quo*” para contagem do prazo prescricional relativo ao direito de repetição do indébito em face da Resolução do Senado Federal nº 49, de 09/09/95 que, nos termos do artigo 52, X da Constituição Federal, suspendeu a execução dos Decretos-leis nº 2.445/88 e 2.449/88, estendendo para todos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, efeito “*erga omnes*”. Enquanto o acórdão recorrido decidiu que a contagem do prazo prescricional se inicia da Resolução Senatorial, defende a recorrente que o prazo é de 5 anos da homologação tácita, do que resulta 10 anos a contar do pagamento. Em contra-razões, a Fazenda Nacional advoga que este prazo é de 5 anos a contar também do pagamento.

O tema tem disciplina no Código Tributário Nacional que, no entanto, não tratou dessa questão específica:

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; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

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.

Entendo que a solução da controvérsia deve ser iniciada com a pesquisa do sentido da expressão *indébito*, eis que a restituição se refere ao pagamento indevido. É com a identificação do momento em que determinado pagamento se tornou indevido que se inicia o prazo prescricional para a ação de repetição do indébito.

O Código Tributário Nacional dedicou à matéria a Seção III “Pagamento Indevido” do Capítulo IV “Extinção do Crédito Tributário”, nos seguintes termos, a partir dos quais podemos extrair um sentido para a expressão “indevido”:

SEÇÃO III

Pagamento Indevido

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.

Nos exatos termos do artigo 165, I do CTN, o tributo é indevido em face da legislação tributária aplicável, ou seja, examinando-se o pagamento à luz da norma aplicável, constata-se uma incorreção, o tributo é indevido ou se pagou mais que o devido. E o que se tem por indevido não resulta da interpretação da lei pelo sujeito passivo em sentido contrário àquela adotada pela Administração. É indevido o tributo porque a legislação assim o considera, independentemente da interpretação empregada ou de sua constitucionalidade ou não. Até porque todas as leis em vigor gozam da presunção de constitucionalidade, que somente pode ser afastada nos controles concentrado e difuso:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema.¹

No caso sob exame, os pagamentos foram realizados em conformidade com o Decreto-lei nº 2.445/88, isto é, foram recolhidos para o Programa de Integração Social – PIS 0,65% da Receita Operacional Bruta. Considerando a presunção de constitucionalidade do aludido Decreto-lei, não foi o pagamento de acordo com suas regras que era indevido à época, mas na sistemática da Lei Complementar nº 7/70. Já que esta não mais se aplicava ao recorrente.

Quanto aos efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, é de se ter que o *indébito* apenas se forma entre as partes do processo. Com relação aos demais contribuintes, o tributo continua sendo obrigatório e, eventuais pagamentos, regularmente devidos. Somente com a suspensão dos efeitos da lei através da Resolução Senatorial é que todos os pagamentos até então realizados se tornaram indevidos. A partir de então se iniciou o prazo prescricional para a repetição.

Quanto ao prazo, de fato, a Corte Especial firmou entendimento pela tese dos *cinco mais cinco* anos para os tributos de lançamento por homologação e que não haveria de se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Entendo que uma vez enfrentada a questão que envolve o termo *a quo*, ficou prejudicado o exame que envolve o prazo para contagem, 5 ou 10 anos, já que este último somente teria sentido caso se adotasse a data do pagamento e não a da Resolução do Senado Federal.

RECURSO ESPECIAL Nº 988.362 - SP (2007/0228118-3)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. LC nº 118/2005.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2003. página 176.

ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. NÃO-APLICAÇÃO RETROATIVA. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE ESPECIAL (AI NOS ERESP Nº 644736/PE).

1. 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 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. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

2. A ação foi ajuizada em 06/07/1994. Valores recolhidos, a título de PIS, entre 10/88 e 12/93. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 07/1984) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, ao julgar os EREsp nº 327043/DF, em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida LC. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a citada norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se sua incidência às hipóteses verificadas após sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

4. "O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (EREsp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Referendando o posicionamento acima discorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da 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 Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

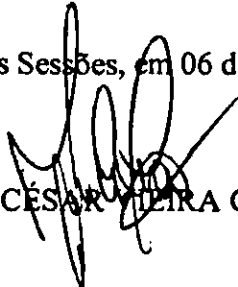
6. Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelas Documentos: 3501957 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 11 Superior Tribunal de Justiça partes litigantes.

7. Recurso especial provido.

Em síntese, entendo que somente após a Resolução Senatorial é que se forma o indébito e, portanto, inicia-se o prazo prescricional para sua repetição, "*dies a quo*".

Em razão do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 06 de maio de 2008


JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES

