



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 08 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

Recorrente : TERMISA INDUSTRIAL S/A
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

NORMAS PROCESSUAIS. PRECLUSÃO. Considera-se preclusa a matéria incluída no recurso, mas que não foi objeto da peça inaugural do litígio, *in casu*, a inconstitucionalidade e ilegalidade da MP nº 1.212/95 e da Lei nº 9.718/98 e a certeza e liquidez do crédito tributário, objeto do pleito compensatório.

Recurso não conhecido nesta parte.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL. O termo inicial de contagem da decadência/prescrição para solicitação de restituição/compen-sação de valores pagos a maior não coincide com o dos pagamentos realizados, mas com o da Resolução do Senado da República que suspendeu do ordenamento jurídico a lei declarada inconstitucional.

PIS. COMPENSAÇÃO. SEMESTRALIDADE. Os indêbitos oriundos de recolhimentos efetuados nos moldes dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF, deverão ser calculados considerando-se que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95 (vigora a partir de FEV/96), é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária.

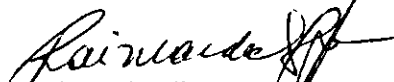
Recurso ao qual se dá provimento parcial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
TERMISA INDUSTRIAL S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, na parte preclusa; e II) em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator.**

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Raimar da Silva Aguiar
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Ana Neyle Olímpio Holanda, Gustavo Kelly Alencar, Nayra Bastos Manatta e Adriene Maria de Miranda (Suplente).

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Processo nº : 10380.009657/00-79

Recurso nº : 120.563

Acórdão nº : 202-14.612

Recorrente : TERMISA INDUSTRIAL S/A

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE, que a seguir transcrevo:

"O contribuinte acima identificado ingressou junto à Delegacia da Receita Federal em Fortaleza/CE (DRF/FORTALEZA/CE) com pedido de restituição da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), relativo aos períodos de apuração de set./89 a mar./96, no importe total de R\$ 73.163,85, pleiteando pelo reconhecimento de créditos tributários visando compensação de débitos, conforme petição inicial e documentos comprobatórios de recolhimento - Resumo dos Valores Pagos a Maior (fls. 01/02 e 04/05).

2. A Decisão (Despacho Decisório s/nº , fls. 49/50), proferida pelo Serviço de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza-CE, indeferiu o pleito do contribuinte, sob o argumento de que com a edição da Lei nº 7.691, de 15/12/1988, o prazo para o pagamento do PIS deixou de ser de seis meses, contado a partir do fato gerador, sendo devida a correção monetária desde a ocorrência do fato gerador até o efetivo pagamento, conforme entendimento traduzido no Parecer PGFN/CAT nº 437/1998.

3. Inconformado com a referida decisão, o contribuinte apresentou recurso em 18/07/2001 (fls. 58/62), alegando, em síntese, que:

3.1 na condição de pessoa jurídica de direito privado, cujo objetivo social prevê a prestação de serviços, venda de mercadorias e/ou de mercadorias e serviços, vinha recolhendo o PIS nos termos da Lei Complementar nº 07/70 e alterações posteriores, à alíquota de 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento);

3.2 com a edição dos Decretos-lei nºs 2.445/88 e 2.446/88, passou a contribuir para o PIS à alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) sobre a receita operacional bruta. Todavia, os referidos diplomas legais foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo sua eficácia suspensa pela Resolução nº 49, de 09/10/95, do Senado Federal;

3.3 o referido julgado, além de ensejar grandes discussões doutrinárias e judiciais, ensejou também a propositura pelos contribuintes de inúmeras ações judiciais pleiteando a compensação do valor pago indevidamente a título de PIS, com débitos vencidos e/ou vincendos de



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

impostos e contribuições para com o impugnado, assinalando que a aludida discussão já se encontra pacificada pelos Tribunais Regionais Federais, bem assim pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme julgados transcritos às fls. 58 dos autos;

3.4 antes mesmo do julgado acima, o Poder Executivo Federal baixou o Decreto nº 2.138/97, cujo artigo primeiro assegura ao contribuinte o direito de compensar eventuais créditos a título de restituição ou ressarcimento com débitos seu relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a Administração da Secretaria da Receita Federal, ainda que não sejam da mesma espécie, nem tenham a mesma destinação constitucional;

3.5 a decisão singular que indeferiu seu pedido mostra-se eivada de total inconsistência, porquanto pretende desconstituir o direito que reconhece a semestralidade da referida base de cálculo, sob o argumento de que com a Lei nº 7.691/88 alterou-se substancialmente a sistemática de apuração do PIS ao se proclamar que tal contribuição deveria ser recolhida sobre a base de cálculo (faturamento) ocorrida no mês do fato gerador, ao contrário do que preconizava o art. 6º, parágrafo único da LC nº 07/70, segundo o qual a citada Contribuição deveria ser recolhida com base no faturamento ocorrido no sexto mês anterior ao do recolhimento;

3.6 entretanto, tais modificações não vingaram, conforme faz prova através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 148.754/RJ, cujo Acórdão, da lavra do Ministro Francisco Resek declarou a inconstitucionalidade dos referidos Decretos-lei, ressaltando, neste aspecto, o próprio entendimento da Administração Fazendária (Conselho de Contribuintes), porquanto o referido órgão julgador, seguindo a linha traçada pelo STF, concluiu pela utilização da base de cálculo do PIS com base no faturamento do sexto mês anterior, reforçando essa tese trazendo à lume a Ementa do Processo nº 10580.008695/99-21, citado por André Martins de Andrade, em artigo intitulado "A base de cálculo da contribuição ao PIS", in Revista Dialética de Direito Tributário nº 1, de 1995, p.13, no qual dá-se o mesmo entendimento acima exposto (fls. 61);

3.7 Ante o exposto, requer pela reforma do Despacho Decisório SESIT/DRF/FOR s/nº (fls. 49/50), e deferido o pedido de compensação de qualquer tributo vencido ou vincendo administrado pela SRF, com o que indevidamente foi recolhido a título de PIS, cujo valor deverá ser calculado nos moldes da Lei Complementar nº 07/70, e, assim, o faturamento – base de cálculo – de seis meses atrás e não o do mês seguinte ao de ocorrência do fato gerador."



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/FOR nº 229, de 25/10/2001, fls. 67/75, indeferindo a solicitação da recorrente, ementando sua decisão nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1996

Ementa: Prazo para Restituição do PIS

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributos pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, conforme disposto nos arts. 165 e 168 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional - CTN)

Base de Cálculo do PIS

A exegese correta da Lei Complementar nº 7/70 desautoriza qualquer entendimento que propugne pela existência de um lapso de tempo entre o fato gerador e a base de cálculo da contribuição, devendo ser entendido o prazo disposto no art. 6º como "prazo de recolhimento".

Prazo de Recolhimento do PIS

Os atos legais relacionados com o PIS e não declarados inconstitucionais, interpretados em consonância com a Lei Complementar nº 07, de 1970, independentemente da data em que tenham sido expedidos, continuam plenamente em vigor, sendo incabível a interpretação de que tal contribuição deva ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior a ocorrência do fato gerador

Com a edição da Lei nº 7.691, de 15/12/1988, o prazo para pagamento da contribuição para o PIS deixou de ser o de seis meses, contado a partir do fato gerador, sendo devida a correção monetária desde a ocorrência do fato gerador até a data do efetivo pagamento, conforme entendimento traduzido no Parecer PGFN/CAT nº 437/1998.

Solicitação Indeferida".

A contribuinte foi cientificada do teor do Acórdão DRJ-FOR/CE nº 229/2001, por meio de AR datado de 07/01/2002 (fl. 96) e, inconformada, apresenta, em 21/01/2002, recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, fls. 78/95, no qual alega em sua defesa, em síntese:

- no caso concreto, tratando-se o PIS de contribuição cujo lançamento se dá por homologação, o prazo para pleitear restituição de valores pagos a



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

maior a título da contribuição seria de dez anos: cinco anos para que haja homologação tácita, somados mais cinco anos para que o contribuinte venha a exercer seu direito de pedir a restituição devida;

- inconstitucionalidade e ilegalidade da MP nº 1212/95 e da Lei nº 9.718/98, a primeira pelo fato de não ter-se configurado o caráter de urgência imanente a toda e qualquer edição de Medida Provisória, e a segunda, por ser lei ordinária e o PIS só poder ser regulado por lei complementar;
- deve ser aplicado ao caso concreto o disposto na Lei Complementar nº 07/70 que prevê, no seu art. 6º, parágrafo único, que a contribuição para o PIS será calculada com base no faturamento do sexto mês anterior;
- de acordo com o disposto no art. 170 do CTN, está autorizada a compensação de créditos tributários contra créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Nacional;
- no âmbito federal a compensação foi instituída pelo art. 66 da Lei nº 8383/91, com alterações introduzidas pelos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, alcançando os créditos de natureza tributária do sujeito passivo ou de terceiros contra o sujeito ativo;
- no caso presente não há dúvida de que se trata da compensação delineada no art. 170 do CTN, não podendo a autoridade administrativa deixar de acatá-la;
- os créditos existentes em favor da recorrente são líquidos e certos já que comprovados por meio de DARFs de recolhimentos, apresentados nos autos deste processo;
- o Decreto nº 2.138/97, no seu art. 1º, pôs fim às controvérsias acerca da possibilidade de compensação, quando estabeleceu a possibilidade de compensação de créditos decorrentes de restituição ou ressarcimento com débitos relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da mesma Secretaria, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional; e
- requer, por fim, que o recurso seja julgado procedente, para o fim de determinar o deferimento da compensação pleiteada.

É o relatório.



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RAIMAR DA SILVA AGUIAR

O recurso pé tempestivo, e dele tomo conhecimento.

TERMISA INDUSTRIAL S/A, empresa devidamente qualificada nos presentes autos, apresentou à Delegacia da Receita Federal em Fortaleza/CE pedido de Restituição/Compensação referente às parcelas da contribuição ao PIS, no período compreendido entre setembro/89 a março/96, recolhidas nos moldes exigidos pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pela EXCELSA CORTE do País, com a conseqüente retirada do ordenamento jurídico, através da Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada em 10/10/95.

Ao observar a abordagem de processos julgados anteriormente, de matéria correlata, extrai fundamentos de voto firmados por doutos conselheiros, tais como JOSÉ ANTÔNIO MINATEL, Acórdão nº 108.05.791 e acompanhado pelo Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro, adoto, como razões de decidir, pelos seus próprios fundamentos, assim ementados:

Ementa:

“RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – DECADÊNCIA – O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 05 (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). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida. **PIS SEMESTRALIDADE –** Os indêbitos oriundos de recolhimentos efetuados nos moldes dos Decretos-lei nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF, tendo em vista a jurisprudência consolidada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como, no âmbito administrativo, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, deverão ser calculados considerando que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória n.º 1.212/95, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. **Recurso provido em parte.**”



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

Considerando, por oportuno, a confluência de entendimento, em cuja fundamentação encontra-se similitude de argumentação, adoto o voto da eminente Conselheira NAYRA BASTOS MANATTA, como razão de decidir, a seguir:

Primeiramente vale ressaltar que o recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser acatado.

Na impugnação apresentada à primeira instância de julgamento a contribuinte apenas questionou a aplicação da semestralidade do PIS no período objeto do pedido de compensação. A semestralidade do PIS foi o motivo primordial que levou ao indeferimento do pleito da interessada pelo Serviço de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza/CE (Despacho Decisório s/nº, fls. 49/50) e, no mérito, ocasionou o indeferimento da solicitação por parte da DRJ- FOR/CE (Acórdão DRJ/FOR nº 229, de 25 de outubro de 2001, fls. 67/75).

Na questão da semestralidade socorro-me do entendimento do Conselheiro Jorge Olmiro Freire, externado no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 116.000, consubstanciado no Acórdão 201-75.390:

"E, neste último sentido, veio tornar-se consentânea a jurisprudência da CSRF¹ e também do STJ. Assim, calcado nas decisões destas Cortes, dobrei-me à argumentação de que deve prevalecer a estrita legalidade, no sentido de resguardar a segurança jurídica do contribuinte, mesmo que para isso tenha-se como afrontada a melhor técnica tributária, a qual entende despropositada a disjunção de fato gerador e base de cálculo. É a aplicação do princípio da proporcionalidade, prevalecendo o direito que mais resguarde o ordenamento jurídico como um todo.

E agora o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Primeira Seção,² veio tornar pacífico o entendimento postulado pela recorrente, consoante depreende-se da ementa a seguir transcrita:

'TRIBUTÁRIO – PIS – SEMESTRALIDADE – BASE DE CÁLCULO – CORREÇÃO MONETÁRIA.

O PIS semestral, estabelecido na LC 07/70, diferentemente do PIS REPIQUE – art. 3º, letra "a" da mesma lei – tem como fato gerador o faturamento mensal.

Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento, de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador – art. 6º, parágrafo único da LC 07/70.

¹ O Acórdão nº CSRF/02-0.871¹ também adotou o mesmo entendimento firmado pelo STJ. Também nos RD nºs 203-0.293 e 203-0.334, j. em 09/02/2001, em sua maioria, a CSRF esposou o entendimento de que a base de cálculo do PIS refere-se ao faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador (Acórdãos ainda não formalizados). E o RD nº 203-0.3000 (Processo nº 11080.001223/96-38), votado em Sessões de junho do corrente ano, teve votação unânime nesse sentido.

² Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliane Calmon, j. em 29/05/2001, acórdão não formalizado.



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

Corrigir-se a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

Recurso Especial improvido.

Portanto, até a edição da MP nº 1.212/95, convertida na Lei nº 9.715/98, é de ser dado provimento ao recurso para que os cálculos sejam feitos considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, tendo como prazos de recolhimento aquele da lei (Leis nºs 7.691/88; 8.019/90; 8.218/91; 8.383/91; 8.850/94; 9.069/95 e MP nº 812/94) do momento da ocorrência do fato gerador.

E a IN SRF nº 006, de 19 de janeiro de 2000, no parágrafo único do art. 1º, com base no decidido julgamento do Recurso Extraordinário 232.896-3-PA, aduz que “aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970”. (destaquei)

Diante do exposto, não há como negar que a base de cálculo do PIS deve ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador da dessa contribuição, até fevereiro de 1996, quando, então, passa a vigor a MP nº 1.212/95.

Consta, também, dos argumentos utilizados pela autoridade a quo para indeferir a solicitação da contribuinte o fato de o seu direito de pleitear a restituição encontrar-se extinto quando da formulação do pleito, em virtude do disposto nos arts. 165 e 168 do CTN, que prevêm o prazo de cinco anos, contado da data de extinção do crédito tributário, para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido.

Insurge-se a recorrente contra tal decisão, arguindo em seu favor que o prazo para pleitear a restituição de tributos, cujo lançamento se dê por homologação, é de dez anos: cinco anos para que haja a homologação tácita, somados mais cinco anos para que o contribuinte venha a requerer a restituição de valores pagos a maior a título do tributo/contribuição, conforme ampla jurisprudência do STJ.

A propósito da questão da decadência, peço licença aos meus pares para adotar como razão de decidir os argumentos do Conselheiro Renato Scalco Isquierdo, exteriorizados no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 116.520, consubstanciado no Acórdão nº 203-07.487, onde destaco:

“A apreciação que se pretende nesta assentada diz respeito ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de indébitos tributários, previsto no artigo 165 do Código



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

Tributário Nacional – CTN, que fundamentou o indeferimento do pleito pela autoridade julgadora monocrática.

A propósito, entendo que o prazo contido no citado dispositivo do CTN não se aplica ao presente caso, primeiro porque, no momento do recolhimento, a legislação então vigente e a própria Administração Tributária que, de forma correta, diga-se de passagem, porquanto em obediência a determinação legal em pleno vigor, não permitia outra alternativa para que a recorrente visse cumprida sua obrigação de pagar e, segundo, porque, em nome da segurança jurídica, não se pode admitir a hipótese de que a contagem de prazo prescricional, para o exercício de um direito, tenha início antes da data de sua aquisição, o qual somente foi personificado, de forma efetiva, mediante a edição da Resolução do Senado Federal nº 49/95.

Somente a partir da edição da referida Resolução do Senado é que restou pacificado o entendimento de que a cobrança da Contribuição para o PIS deveria limitar-se aos parâmetros da Lei Complementar nº 07/70, sem os efeitos dos decretos-leis declarados inconstitucionais.

A jurisprudência emanada dos Conselhos de Contribuintes caminha nessa direção, conforme se pode verificar, por exemplo, do julgado cujos excertos, com a devida vênia, passo a transcrever, constantes do Acórdão n.º 108-05.791, Sessão de 13/07/99, da lavra do i. Conselheiro Dr. José Antonio Minatel, que adoto como razões de decidir:

EMENTA

“RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN – O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre 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). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.

VOTO

"[...].

Voltando, agora, para o tema acerca do prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação de valores indevidamente pagos, à falta de disciplina em normas tributárias federais de escalão inferior, tenho como norte o comando inserto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que prevê expressamente:

"Art. 168 – O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário.

II – na hipótese do inciso III do art. 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."

Veja-se que o prazo é sempre de 5 (cinco) anos, sendo certo que a distinção sobre o início da sua contagem está assentada nas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, situações estas elencadas, com caráter exemplificativo e didático, pelos incisos do referido art. 165 do CTN, nos seguintes termos:

"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 parágrafo 4º do art. 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



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

O direito de repetir independe dessa enumeração das diferentes situações que exteriorizam o indébito tributário, uma vez que é irrelevante que o pagamento a maior tenha ocorrido por erro de interpretação da legislação ou por erro na elaboração do documento, posto que qualquer valor pago além do efetivamente devido será sempre indevido, na linha do princípio consagrado em direito que determina que “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”, conforme previsão expressa contida no art. 964 do Código Civil.

Longe de tipificar numerus clausus, resta a função meramente didática para as hipóteses ali enumeradas, sendo certo que os incisos I e II do mencionado artigo 165 do CTN voltam-se mais para as constatações de erros consumados em situação fática não litigiosa, tanto que aferidos unilateralmente pela iniciativa do sujeito passivo, enquanto que o inciso III trata de indébito que vem à tona por deliberação de autoridade incumbida de dirimir situação jurídica conflituosa, daí referir-se a “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”.

Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da “data da extinção do crédito tributário”, para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em situação fática não litigiosa, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto da solução jurídica conflituosa,



Processo nº : 10380.009657/00-79

Recurso nº : 120.563

Acórdão nº : 202-14.612

uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência par pleitear a restituição ou compensação só a partir "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" (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Esse parece ser, a meu juízo, o único critério lógico que permite harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar (CTN). Nessa mesma linha também já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do RE.º 141.331-0 em que foi relator o Ministro Francisco Resek, em julgado assim ementado:

'Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do depósito compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido.'
(Apud OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO – In 'Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário' – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999)'

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que, no presente caso, o indébito restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, hipótese em que o pedido de restituição tem assento no inciso III do art. 165 do CTN, contando-se o prazo de prescrição a partir da data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/95, que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida."



Processo nº : 10380.009657/00-79
Recurso nº : 120.563
Acórdão nº : 202-14.612

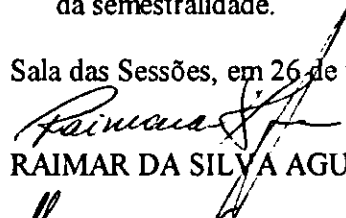
Assim, em razão do acima exposto, é de concluir-se não haver ocorrido a perda do direito de a recorrente pleitear a repetição do indébito, pois os pedidos de restituição e de compensação em questão foram protocolados em 08/06/2000, ou seja, ainda dentro do período quinquenal legal para formular tal pretensão.

No tocante às demais matérias argüidas pela recorrente em seu recurso, quais sejam: inconstitucionalidade e ilegalidade da MP nº 1.212/95 e da Lei nº 9.718/98 e certeza e liquidez do crédito tributário a cujo pedido de restituição/compensação objeto deste processo se refere, não conheço do recurso porquanto as matérias em questão precluíram em razão de não terem sido objeto da peça vestibular. Assim, inadmissível sua análise no âmbito deste processo.

Frente ao exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso na matéria preclusa e dar parcial provimento, nas remanescentes, nos termos seguintes:

- a) o direito à repetição não se encontra decaído, visto que foi exercido antes de excluído o prazo quinquenal; e
- b) o indébito da contribuição deve ser calculado observando-se a sistemática da semestralidade.

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003


RAIMAR DA SILVA AGUIAR

