



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

Processo n° 10510.001479/2003-56
Recurso n° 156.353 Voluntário
Acórdão n° 2201-00.260 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP PASEP
Recorrente BANCO DO ESTADO DE SERGIPE S/A - BANESE
Recorrida DRJ-SALVADOR/BA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 10/01/1989 a 31/07/1996

MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA

SÚMULA 01. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 10/01/1989 a 31/07/1996

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 10/01/1989 a 31/07/1996

PIS/PASEP. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECRETOS-LEIS N°S 2.445/88 E 2.449/88. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO PARA O PEDIDO

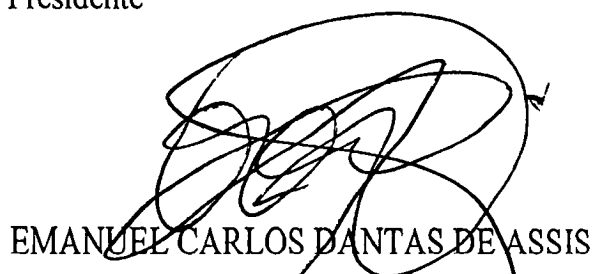
O direito de pleitear a repetição do indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior realizados com base nos Decretos-Leis n°s 2.445/88 e 2.449/88 extingue-se em cinco anos, a contar da Resolução do Senado n° 49, publicada em 10/10/1995.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária da 2ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, em não conhecer do recurso quanto à matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário. Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva e Fernando Marques Cleto Duarte; e, II) na parte conhecida, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Jose Adão Vitorino de Moraes (Relator), Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça e Dalton César Cordeiro de Miranda. Designado Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral pela Recorrente, a Drª Maria Eduarda Borges Mesquita de Souza. OAB-BA 04678687.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente

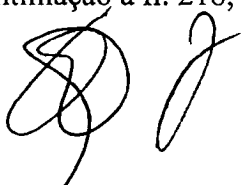

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
Relator-Designado

Relatório

A recorrente acima qualificada ingressou com o pedido às fl. 01/12, protocolado em 11/06/2003, requerendo a restituição do montante de R\$ 9.569.150,59 (nove milhões quinhentos e sessenta e nove mil cento e cinquenta reais e cinquenta e nove centavos), decorrente de pagamentos, a título de contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep, efetuados entre as datas de 10/01/1989 e 31/07/1996, correspondentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de competência de outubro de 1988 a junho de 1996, conforme planilha às fls. 13/15 e darfs (cópias) às fls. 16/50, cumulado com as declarações de compensação (Per/Dcomps) às fls. 55/131, transmitidos entre as datas de 21/12/2005 e 06/04/2006.

Por meio do Despacho Decisório às fls. 204/213, datado de 22/11/2007, a DRF em Aracaju, SE, indeferiu a restituição pleiteada e considerou não declaradas as compensações dos débitos fiscais, objeto dos Per/Dcomps transmitidos, sob o argumento de que é vedada a repetição/compensação de créditos financeiros em discussão judicial antes do trânsito em julgado da respectiva decisão.

A recorrente foi então notificada daquela decisão e informada de que cabia manifestação de inconformidade apenas contra o não reconhecimento do seu direito creditório, sendo incabível, portanto, a interposição de manifestação contra a decisão que considerou não declaradas as compensações dos débitos fiscais, objeto dos Per/Dcomps deste processo, e que, se não fossem pagos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência do despacho decisório, seriam encaminhados à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para inscrição em dívida ativa da União Federal, conforme intimação à fl. 218, datada de 14/12/2007.



Inconformada, a recorrente interpôs em 17/01/2008 a manifestação de inconformidade às fls. 225/258, requerendo a sua reforma para que lhe fosse deferida a restituição e homologadas as compensações declaradas, alegando, razões que foram assim sintetizadas pela DRJ em Salvador, BA:

“... a instituição bancária constituída sob a forma de sociedade de economia mista, apresentou Manifestação de Inconformidade às fls.225/258, para que esta seja conhecida, posto que tempestiva, argumentando que a decisão é nula, pois apesar de constar o demonstrativo detalhado dos créditos tributários, não houve pronunciamento quanto à apuração dos créditos e do quantum compensado, o que ofende ao princípio da verdade material.

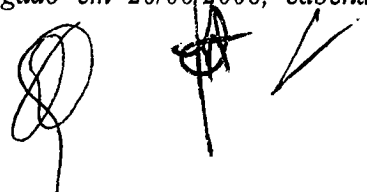
Alega que após intimada (fls.152/153) promoveu a juntada de toda documentação solicitada demonstrando o direito reconhecido judicialmente. Mas, caso superada a preliminar, o reconhecimento do direito creditório e a homologação das compensações declaradas.

As razões de indeferimento são equivocadas porque restou deferido o direito integralmente pleiteado na ação judicial 98.0002826-9 (2003.05.00.020551-8), tendo sido autorizado desde o deferimento da antecipação da tutela a promover a compensação independente do trânsito em julgado. Anteriormente negada a antecipação em primeira instância, foi reformada no Agravo de Instrumento em 07/07/2000 pelo TRF, limitando apenas a incidência dos juros compensatórios, o que foi confirmado na sentença de 27/09/2002 e acórdão em 08/06/2004, publicado em 30/11/2004, pelo TRF, este que transitou em julgado.

As declarações de compensação foram entregues após o trânsito em julgado material da decisão judicial, logo é inaplicável o §13 do art.74 da Lei nº9.430, de 1996, pois quase um ano e meio antes da prolação da decisão DRF/Aju nº828/2007 houve a certificação formal do trânsito em julgado da ação judicial, em 20/06/2006, razão pela qual requer a admissão da manifestação de inconformidade também em relação às declarações de compensação, com efeito suspensivo em relação aos débitos nelas declarados, na forma do art.151 do Código Tributário Nacional e §11 do art.74 da Lei nº9.430, de 1996 e §3º do art.26 da IN SRF nº600, de 2005, e o não envio dos autos ao Setor de Fiscalização para lançamento da multa isolada.

Após sentença de primeira instância reconhecendo o direito, a União Federal interpôs Recurso de Apelação que foi parcialmente provido para limitar o direito creditório até a MP 1.212/95, observado o art.195, parágrafo 6º da CF, de modo a abarcar os valores de outubro/1988 a dezembro/1995. A União Federal protocolou Embargos de Declaração, que no acórdão publicado em 30/11/2004 foram rejeitados, tendo assim interposto Recurso Especial visando a reforma das decisões, o qual foi considerado precluso quanto ao direito de discutir prescrição, operou-se o trânsito em 03/01/2005 da decisão do TRF dos créditos de novembro/90 a dezembro/95.

O prazo prescricional quinquenal se inicia para o ajuizamento da ação na data da Resolução do Senado Federal, tendo a ação judicial sido intentada dentro deste prazo cabe o ressarcimento do que foi pago nos dez anos anteriores ao ingresso da ação, nos termos da tese dos cinco mais cinco, tendo a União Federal assim entendido quando apresentou perante o STJ, o Recurso Especial (REsp 801.859/SE), pugnando pela violação aos artigos do Código Tributário Nacional, 150, 168 e 165, alegando a prescrição quinquenal. Mas em 16/02/2006, o STJ negou seguimento ao recurso, mantendo o entendimento do Tribunal de origem, vindo a ação transitar em julgado em 20/06/2006, cabendo a restituição dos



períodos de outubro/1988 a dezembro/1995, sendo injusta e desigual a exigência de trânsito em julgado da ação judicial comparativamente àqueles contribuintes que requereram o direito no Judiciário enquanto outros que não ingressaram com ação tiveram o direito apoiado na Resolução do Senado Federal, com efeito erga-omnes, que vincula a administração pública e gera o direito a todos de reaver o indevido.

No que tange a renúncia da ação de execução, o procedimento de compensação demonstrou a não intenção de cobrar judicialmente os créditos em questão, sequer houve movimentação processual do referido processo, conforme doc.05, em anexo. Quando protocolou as DCOMP eletrônicas relacionadas, tinha julgamento pendente perante o STJ, e embora já tivesse trânsito em julgado material, quanto ao PIS dos períodos de 11/90 a 12/95, não poderia renunciar expressamente o direito de execução da sentença já transitada. Protocolou perante o STJ o pedido de desistência de ação de repetição de indébito (fl.178), posteriormente indeferido, contudo jamais pretendeu receber em duplicidade valores pagos indevidamente.

O presente processo administrativo trata do direito de restituir através de procedimento de compensação, mas sequer era necessário, e negar o direito, atenta aos princípios da moralidade e razoabilidade. Ainda que sua ação não fosse vitoriosa, não caberia a exigência indevida após edição da Lei 10.522, de 19/07/2002, arts.18 e 19 e art.475-L do Código de Processo Civil pois o direito da requerente supera a coisa julgada no caso concreto. A ação judicial foi interposta em 1998, muito antes da LC 104, de 10/001/2001, sendo a lei vigente a época dos recolhimentos indevidos mais benéfica, a lei nova não pode alcançar a compensação destes recolhimentos indevidos, entendimento já consolidado no STJ. Assim não se torna possível aplicar o parágrafo 13, art.74 da Lei nº 9.430/96 e art.170-A do CTN.

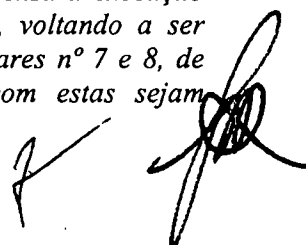
Não cabe a multa isolada porque não desatendeu nenhum requisito exigido na legislação para realização da compensação, tendo obtido antecipação de tutela, reconhecimento judicial, inclusive com trânsito em julgado, antes de protocoladas as declarações de compensação, havia a Resolução do Senado retirando do mundo jurídico os decretos-lei, logo as DCOMP não podem ser consideradas não-declaradas. O agravamento da multa, inciso II do art.44 da Lei 9.430, de 1996, é descabido porque inexistente a evidência, certa e clara, que suscitasse qualquer dúvida de fraude tributária ou conduta dolosa. O alcance do conceito de sonegação, fraude e conluio está delimitado aos arts.71, 72 e 73 da Lei 4.502/64.

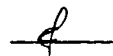
Por fim, com fundamento no art.5º, inciso XXXIV, letra b, da CF de 1988, que seja ressalvado o direito de ser notificada da juntada de qualquer documento pela autoridade fiscal ou de fato superveniente que venha ocorrer nos autos para que possa se pronunciar, sob pena de violação do art.5º, inciso LIV, LV, no endereço que informa.”

Analisada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a improcedente, conforme Acórdão nº 15-15.485, datado de 05/03/2008, às fls. 796/804, sob as seguintes ementas:

“LEI COMPLEMENTAR. VIGÊNCIA

Com a edição da Resolução do Senado Federal nº 49, de 1995, e a partir da data da sua publicação, ficou suspensa a execução dos Decretos-leis nº 2.445 e 2.449, de 1988, voltando a ser aplicável as disposições das Leis Complementares nº 7 e 8, de 1970, com as alterações posteriores que com estas sejam consentâneas.





DECADÊNCIA DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO.

O prazo decadencial do direito de pleitear restituição de crédito decorrente de pagamento de tributo indevido, seja por aplicação inadequada da lei, seja pela inconstitucionalidade desta, rege-se pelo art. 168 do Código Tributário Nacional, extinguindo-se após decorridos cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código.

COMPENSAÇÃO. DECISÃO PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ART.170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

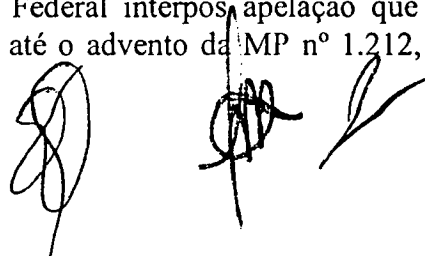
É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A declaração de compensação - DCOMP apresentada pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal após 29 de dezembro de 2004, cujo crédito esteja lastreado em ação judicial ainda sem trânsito em julgado, será considerada não declarada e os débitos indevidamente compensados não estão com a exigibilidade suspensa."

Inconformada com essa decisão, a recorrente interpôs o recurso voluntário às fls. 810/844, requerendo a sua reforma a fim de que lhe reconheça o direito de repetir integralmente o montante dos créditos financeiros reclamados e, conseqüentemente, a homologação das compensações dos débitos declarados nos Per/Dcomps, objetos deste processo administrativo, e, ainda, que os presentes autos não sejam encaminhados à Seção de Fiscalização para lançamento da multa isolada. Requereu também que, caso este 2º Conselho entenda necessário, remeta os presentes autos à DRJ para o cumprimento da decisão judicial vigente, quando da prolação do acórdão recorrido, inclusive, seja expressamente julgada a manifestação de inconformidade, quanto às compensações realizadas, reabrindo-se novo prazo para interposição de recurso voluntário.

Para fundamentar seu recurso, expendeu extenso arrazoado sobre: **i)** a norma individual e concreta correspondente à decisão judicial transitada em julgado que assegura o direito creditório perseguido por ela; **ii)** a prescrição/decadência do direito de pleitear a compensação na via administrativa; **iii)** a legitimidade do procedimento de compensação realizado por ela; e, **iv)** a impossibilidade do lançamento da multa isolada; concluindo, ao final, que: **a)** tem direito assegurado judicialmente, com decisão transitada em julgado nos autos da ação ordinária nº 98.0002826-9, de repetir/compensar os créditos financeiros reclamados e declarados nos Per/Dcomps, objetos deste processo administrativo; **b)** a prescrição/decadência quinquenal de seu direito à repetição/compensação dos valores reclamados deve ser contada a partir da data do trânsito em julgado da decisão judicial que lhe reconheceu tal direito; **c)** tinha direito de efetuar a compensação dos créditos financeiros reclamados desde a concessão da tutela antecipada, não se aplicando, portanto, o CTN, art. 170-A; **d)** em 27/09/2002 foi proferida a sentença de primeira instância reconhecendo o seu direito de compensar os valores reclamados; **e)** contra aquela sentença, a União Federal interpôs apelação que foi provida parcialmente para limitar o seu direito creditório até o advento da MP nº 1.212, de 1995; **f)**



assim, podia compensar os indébitos decorrentes de recolhimentos indevidos e/ ou a maior, efetuados no período de outubro de 1988 a fevereiro de 1996; g) os embargos de declaração interpostos pela União Federal contra o acórdão do TRF da 5ª Região foram rejeitados por meio do acórdão publicado em 30/09/2004; h) no recurso especial, a União Federal questionou tão somente a violação ao art. 535 do CPC, aduzindo que não foi sanada a omissão apontada em sede embargos e, ainda, que o acórdão recorrido violou os arts. 150, 168 e 165 do CTN, em razão da prescrição quinquenal a partir do pagamento do tributo; i) assim, precluiu o direito da União de recorrer em relação ao período que não foi objeto do recurso especial, operando-se, em 03/01/2005, o trânsito em julgado de parte da decisão proferida que reconheceu o seu direito de repetir/compensar os créditos financeiros decorrentes de recolhimentos indevidos entre o período de novembro de 1990 a fevereiro de 1996; e, h) não cabe o lançamento da multa isolada por erro de preenchimento dos Per/Dcomps em que não foi informada a data do trânsito em julgado da decisão judicial que lhe reconheceu o direito à repetição/compensação dos valores neles declarados.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Conforme consta dos autos e reconhecido pela própria recorrente, a matéria em discussão neste processo administrativo, ou seja, a repetição/compensação de indébitos decorrentes de pagamentos indevidos e/ ou maior, a título de Pasep, nos termos dos indigitados Decretos-lei nº 2.445 e nº 2.449, ambos de 1988, foi também objeto da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela nº 98.0002826-9, interposta perante a 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Sergipe.

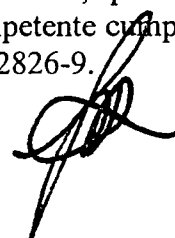
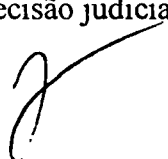
Ora, a opção da recorrente pela via judiciária para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, e do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria já sumulada por este Segundo Conselho de Contribuintes, devendo ser aplicada ao presente caso a Súmula nº 01 que assim dispõe, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 01:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.”

Assim, de conformidade com esta súmula, não conheço da matéria oposta ao Poder Judiciário, ou seja, o direito de a recorrente repetir/compensar o montante dos indébitos do PIS/Pasep, apurado por ela, decorrentes de pagamentos indevidos e/ ou maior, efetuados nos termos dos indigitados Decretos-lei nº 2.445 e nº 2.449, ambos de 1988, inclusive, quanto à prescrição/decadência do seu direito, cabendo à autoridade administrativa competente cumprir, na íntegra, a decisão judicial transitada em julgado na ação ordinária nº 98.0002826-9.



Remanescem, todavia, as questões não opostas ao Poder Judiciário, ou seja, a compensação de créditos financeiros em discussão judicial, mediante a transmissão de Per/Dcomps, a homologação das compensações dos débitos fiscais declarados, e o não cabimento da multa isolada.

Quanto ao pedido para que não se aplique multa isolada, trata-se de matéria que não faz parte da presente lide, constituindo-se em evento futuro e incerto que deverá ser questionado quando de sua ocorrência.

A este Segundo Conselho de Contribuintes compete julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação, inclusive penalidade isolada. No presente caso, a penalidade isolada sequer foi aplicada.

Já em relação às compensações efetuadas pela recorrente, mediante a transmissão de Per/Dcomps, a Lei nº 9.430, de 27/12/1996, art. 74, caput, §§ 1º e 2º, previa e prevê que somente é possível a compensação de créditos financeiros em discussão judicial depois do trânsito em julgado da respectiva decisão, sendo que o § 12, deste mesmo artigo, determina que será considerada não declarada a compensação em que o crédito financeiro declarado seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado, assim dispondo, expressamente:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (destaque não-original)

§ 1º. A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º. A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

(...).

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:


(...);

II – em que o crédito:

(...);

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou,

(...).”



Ao contrário das alegações da recorrente, nas datas em que os Per/Dcomps foram transmitidos, entre 21/12/2005 e 06/04/2006, a decisão judicial em que discutia a repetição/compensação dos créditos financeiros declarados naqueles pedidos ainda não havia transitado julgado o que ocorreu somente em 20/06/2006.

A alegação de que parte da sentença transitou em julgado, em 03/01/2005, pelo fato de: a) ter sido deferida a tutela antecipada para que efetuassem a compensação; b) a apelação interposta pela União Federal ter sido provida parcialmente para limitar o direito creditório até o advento da MP nº 1.212, de 1995; c) os embargos de declaração interpostos pela União contra o acórdão do TRF da 5ª Região que reconheceu o direito à compensação terem sido rejeitados por meio da decisão publicada em 30/09/2004; d) no recurso especial, a União ter questionado tão somente a violação ao art. 535 do CPC, aduzindo que não foi sanada a omissão apontada em sede embargos; e, ainda, que o acórdão recorrido violou os arts. 150, 168 e 165 do CTN, em razão da prescrição quinquenal a partir do pagamento do tributo, precluindo, assim, o direito de ela recorrer em relação ao período que não foi objeto do recurso especial, é equivocada e não merece prosperar.

Na ação ordinária, o pedido de antecipação de tutela foi indeferido, assim como o pedido de reconsideração. No julgamento do agravo de instrumento interposto por ela, o TRF da 5ª Região lhe concedeu parcialmente a tutela antecipada, assegurando-lhe o direito de compensar os créditos financeiros reclamados tão somente com parcelas vincendas da mesma contribuição (fl. 542).

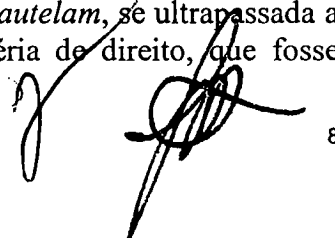
Dessa forma, a decisão ainda não transitada em julgado lhe assegurou a compensação dos créditos financeiros reclamados tão somente com parcelas vincendas da mesma contribuição, ou seja, PIS/Pasep com débitos do próprio PIS/Pasep.

Também, ao contrário de sua alegação, na apelação interposta pela União (fls. 572/574) foram questionadas, além da prescrição, as alterações determinadas na sistemática de apuração e pagamento do PIS/Pasep, inicialmente fixados nas LCs nº 7 e nº 8, ambas de 1970, bem como a certeza e liquidez do montante apurado e reclamado por ela, inclusive, para inverter o ônus da prova dos pagamentos indevidos e/ ou a maior. No julgamento da apelação, o TRF da 5ª Região deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, reconhecendo à recorrente o direito à compensação dos valores pagos indevidamente a título de PIS/Pasep tão somente até o advento da MP nº 1.212, de 1995, com parcelas da mesma contribuição, incluindo-se juros compensatórios e os expurgos inflacionários, conforme acórdão publicado no Diário Oficial da União de 08/06/2004 (fls. 615/630).

Inconformada com aquela decisão, a União interpôs embargos de declaração (fls. 631/635), visando suprir omissões no acórdão proferido por aquele Tribunal, para que pronunciasse sobre as alterações determinadas nas LCs nº 7, e nº 8, ambas de 1970, e por diversas leis ordinárias que alteraram a sistemática de apuração e recolhimento do PIS/Pasep.

Ora, o acolhimento de tais embargos implicaria no julgamento da certeza e liquidez das parcelas dos créditos financeiros reclamados e, conseqüentemente, no montante apurado e compensado pela recorrente.

Rejeitados os embargos, a União interpôs recurso especial (fls. 646/664) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) requerendo-lhe que conhecesse do recurso a fim anular o acórdão do TRF da 5ª Região, determinando o retorno dos autos àquele Tribunal para que apreciasse os embargos de declaração, sanando, assim, a omissão apontada no tocante à legislação que alterou a forma de recolhimento do PIS/Pasep, e, *ad cautelam*, se ultrapassada a nulidade argüida e a prescrição quinquenal, por se tratar de matéria de direito, que fosse



8

provido o recurso especial para determinar a incidência da correção monetária na base de cálculo dessa contribuição, conforme previsto na legislação de regência invocada.

Contudo, o Presidente do TRF da 5ª Região não admitiu o recurso especial por meio de decisão publicada no DOU de 31/05/2005 (fls. 700/703).

Inconformada, a União interpôs agravo de instrumento que foi provido para determinar a subida do recurso especial (fl. 205). Posteriormente, o mesmo Exmo. Ministro que determinou a subida dos autos, por meio da decisão às fls. 409/712, negou seguimento ao recurso especial, mantendo, contudo, o entendimento do Tribunal de origem, segundo o qual o prazo prescricional, para se pleitear a repetição do indébito, é de 05 (cinco) anos contados da publicação da Resolução nº 49, de 09/10/1995, do Senado Federal.

Em 22/02/2006, a recorrente protocolou o requerimento à fl. 714, requerendo a desistência da referida ação ordinária nº 98.0002826-9 de repetição/compensação dos indébitos em discussão, por não mais ter interesse no seu prosseguimento, com a conseqüente baixa na distribuição, arcando com os custos decorrentes dessa desistência. Essa petição foi então juntada aos autos.

Analisado o requerimento, o Exmo. Ministro Relator Francisco Falcão, por meio do Despacho à fl. 724, indeferiu o pedido de desistência interposto pela recorrente, cuja decisão foi publicada no DOU de 24/05/2006. Essa decisão transitou em julgado em 20/06/2006, conforme certidão à fl. 726.

Conforme demonstrado, em todos os instrumentos utilizados pela União Federal (apelação, embargos, agravo e recurso especial), ficou clara a discussão da certeza e liquidez dos créditos financeiros reclamados pela recorrente, inclusive o montante a ser repetido/compensado. Assim, não há que se falar que parte da sentença que reconheceu o direito de a recorrente repetir/compensar os créditos financeiros reclamados transitou em julgado em 03/01/2005.

De fato o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o direito de a interessada repetir/compensar parte dos créditos financeiros reclamados somente ocorreu em 20/06/2006.

Ainda, que se admitisse o trânsito em julgado de parte da sentença em 03/01/2005, aquela autorizou tão somente a compensação de parte dos créditos financeiros reclamados com parcelas vincendas da mesma contribuição.

No entanto, conforme provam os débitos declarados nos Per/Dcomps transmitidos, com exceção do débito fiscal, no valor de R\$ 106.387,86 (cento e seis mil trezentos e oitenta e sete reais e oitenta e seis centavos), referente à competência de 31/12/2005, vencimento em 13/01/2006, declarado à fl. 112, na Per/Dcomp nº 12017.69336:190106.1.7.04-5660, todos os demais se referem a outros débitos não amparados na decisão.

Portanto, conforme demonstrado, a Lei nº 9.430, art. 74, caput, §§ 1º e 2º, citados e transcritos anteriormente, não amparava e não ampara compensações declaradas pela recorrente, mediante a transmissão de Per/Dcomps. Ainda, segundo o § 12, inciso II, alínea "d", deste mesmo artigo, também já transcrito, considera-se não declaradas as compensações

declaradas nos Per/Dcomps, objetos deste processo administrativo, não se aplicando a elas o disposto no Decreto nº 70.235, de 1972, assim como não se enquadram no CTN, art. 151, III.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, voto por não tomar conhecimento do recurso voluntário, em relação à matéria oposta nas instâncias, judicial e administrativa, cabendo à autoridade administrativa competente cumprir a decisão judicial transitada em julgado, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento para: a) rejeitar o pedido para que não se aplique a multa isolada, em face de as compensações terem sido consideradas não-declaradas; b) indeferir a restituição pleiteada; e, c) declarar não-homologadas todas as compensações dos débitos fiscais, declaradas nos Per/Dcomps, objetos deste processo administrativo.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2009


JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS

Voto Vencedor

CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, RELATOR DESIGNADO QUANTO À MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO JUDICIÁRIO

Reportando-me ao relatório e voto do ilustre relator, e levando em conta que o Colegiado, na primeira votação, julgou que o fundamento do pedido de restituição em questão é o indébito do PIS (daí a concomitância, tema no qual fui vencido), e não o direito reconhecido na ação judicial nº 98.0002826-9, nego provimento ao pleito em face da decadência.

Na primeira votação, entendi que caberia admitir a mudança no fundamento do pedido de restituição, de modo a considerá-la como sendo a própria ação judicial (ou o direito nela reconhecido), que em vez de seguida da execução própria estaria servindo de amparo à restituição e compensação administrativa. Tal interpretação, vencida, está respalda pelos princípio da informalidade moderada que se aplica no Processo Administrativo Fiscal. Todavia, como já ressaltado o entendimento majoritário seguiu o voto do Cons. José Adão Vitorino de Moraes, que como de costume fundamentou com brilhantismo sua posição.

Definido que o pedido de restituição **não** se escora na ação judicial, cabe rejeitá-lo porque decaído. Em consequência, as PER/DCOMP que se lhe seguiram não devem ser homologadas.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, interpreto que o prazo para requerer a repetição do indébito em questão é de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/1995. A jurisprudência deste Conselho de Contribuintes possui inúmeros acórdãos neste sentido, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que acompanho levando em conta que a recorrente não teve ação judicial que lhe reconheceu o direito à restituição ou compensação antes de 10/10/95.

Quanto ao período a repetir, se fosse o caso (isto é, se o pedido tivesse sido formulado em tempo hábil), abrangeria somente os cinco anos anteriores à data do protocolo.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição foi protocolizado em 11/06/2003 e o pagamento mais recente é anterior a cinco anos dessa data, já ocorreu a





prescrição da ação judicial para repetir o indébito, bem como a decadência para o pedido de repetição, nesta via administrativa.

Adoto o entendimento expresso no Acórdão abaixo do STJ, embora atualmente esse tribunal já tenha alterado sua jurisprudência (mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça passou a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente da origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei). Observe-se:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL.
PIS. DECRETOS-LEI 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO.
TERMO INICIAL. LC Nº 7/70. BASE DE CÁLCULO.
SEMESTRALIDADE. CORREÇÃO
MONETÁRIA.IMPOSSIBILIDADE.*

1. Não cabe a este Tribunal proceder ao exame de violações à Constituição pela via estreita do recurso especial.

2. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo a quo do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a execução dos Decretos-Lei nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso.

3. Enquanto não ocorrido o respectivo fato gerador do tributo, não estará sujeita à correção monetária a base de cálculo do PIS apurada na forma da LC 07/70. Entendimento consagrado pela 1ª Seção do STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(Negrito ausente no original).

(STJ, 2ª Turma, AGREsp. nº 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. à unanimidade em 20.05.03, DJU de 09.06.03);

Não me parece a melhor a tese abraçada pelo STJ em inúmeros julgados, segundo a qual na existência de pagamento antecipado (para esse Tribunal quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação) o início do prazo prescricional para a repetição só começa no final dos cinco anos contados a partir do pagamento indevido, de modo a “duplicar” para 10 anos o intervalo.

Tal interpretação tem aplicado à repetição de indébito o entendimento de que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes. O Tribunal tem examinado em conjunto os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN e deslocado o *dies a quo* da decadência para o final dos cinco anos referidos no art. 150, § 4º, contando a partir de então outro quádruplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o *dies ad quem* passa para 10 anos após o fato gerador.

Se levarmos em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do direito recebesse um prêmio (a dilação do termo inicial da

decadência) por não exercê-lo no prazo prefixado. Da mesma forma com o prazo prescricional para repetição de indébito: quem pagou a maior ou indevidamente, por não exercer o direito nos primeiros cinco anos, estaria a receber como “prêmio” idêntica dilação de prazo.

É certo que o lançamento por homologação pode ser lançado tão logo acontecido o fato gerador. Assim, o termo poderia, inserido no art. 173, I do CTN para delimitar o marco inicial da decadência, precisa ser interpretado como se referindo ao início do tempo em que o lançamento de ofício (em substituição do de homologação, no caso de imposto devido maior que o apurado pelo contribuinte) pode ser feito, não o contrário, como pretende o STJ, ao interpretar que o prazo para o lançamento de ofício só começa após o fim do prazo para homologação.

Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar ou valor a restituir, inclusive) -, também o prazo prescricional para a repetição do indébito começa do pagamento antecipado, que extingue a obrigação tributária consoante o § 1º do mesmo artigo. Essa a regra geral que, só não se aplica na situação em tela porque decorrente de inconstitucionalidade.

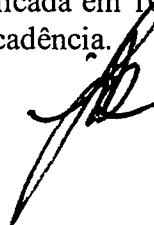
Por se tratar de inconstitucionalidade decretada em controle difuso, não considero que a contagem começa a contar de 04/03/94, data da publicação do Recurso Extraordinário nº 148.754 – no qual o STF declarou inconstitucionais os referidos Decretos-Leis - porque, como é cediço, os efeitos da decisão em sede dessa espécie recursal não são *erga omnes*, só se aplicando às partes. Daí que não se pode afirmar ter nascido naquela data, para a recorrente, o direito à repetição do indébito, na seara administrativa.

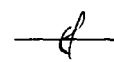
Como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), descabe, *data venia*, considerar aquela data (04/03/94).

Tampouco considero o início do prazo para solicitação da restituição ou compensação na data da publicação da MP nº 1.110, de 31/08/95 - cujo art. 17, VIII, dispensou a constituição de créditos, bem como a inscrição na dívida, no caso do PIS em questão. É que o § 2º do art. 17 da MP nº 1.110/95 ressaltou que tal dispensa não implicava em restituição de quantias pagas. Assim, embora anterior à Resolução do Senado nº 49/95, referida MP não permitia a restituição. Daí o direito à repetição de indébito não ter nascido, ainda, na data da MP nº 1.110, que depois de reedições foi convertida na Lei nº 10.522, de 19/07/2002.

Somente na reedição sob o nº 1.621-36, de 10.06.98, é que o § 2º do art. 17 referido, agora renumerado como art. 18, teve sua redação alterada para informar que a dispensa da constituição do crédito ou da inscrição na dívida ativa não implicava em restituição *ex officio*, apenas. Ou seja, a partir da MP nº 1.621-36, quando solicitada a restituição deveria ser deferida. Muito antes, todavia, a Resolução do Senado nº 49, de 10/10/95, já estendera a todos os efeitos da inconstitucionalidade dos dois Decretos-Leis. Daí o prazo a repetição ser contado da Resolução, e não da MP nº 1.621-36/98.

Destarte, na situação em tela, em que todos os pagamentos são anteriores ao quinquênio que antecede a data do Pedido de Restituição e este foi formulado após 10/10/2000, ou seja, depois de cinco anos da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/1995, todos os valores porventura pagos indevidamente estão atingidos pela decadência.



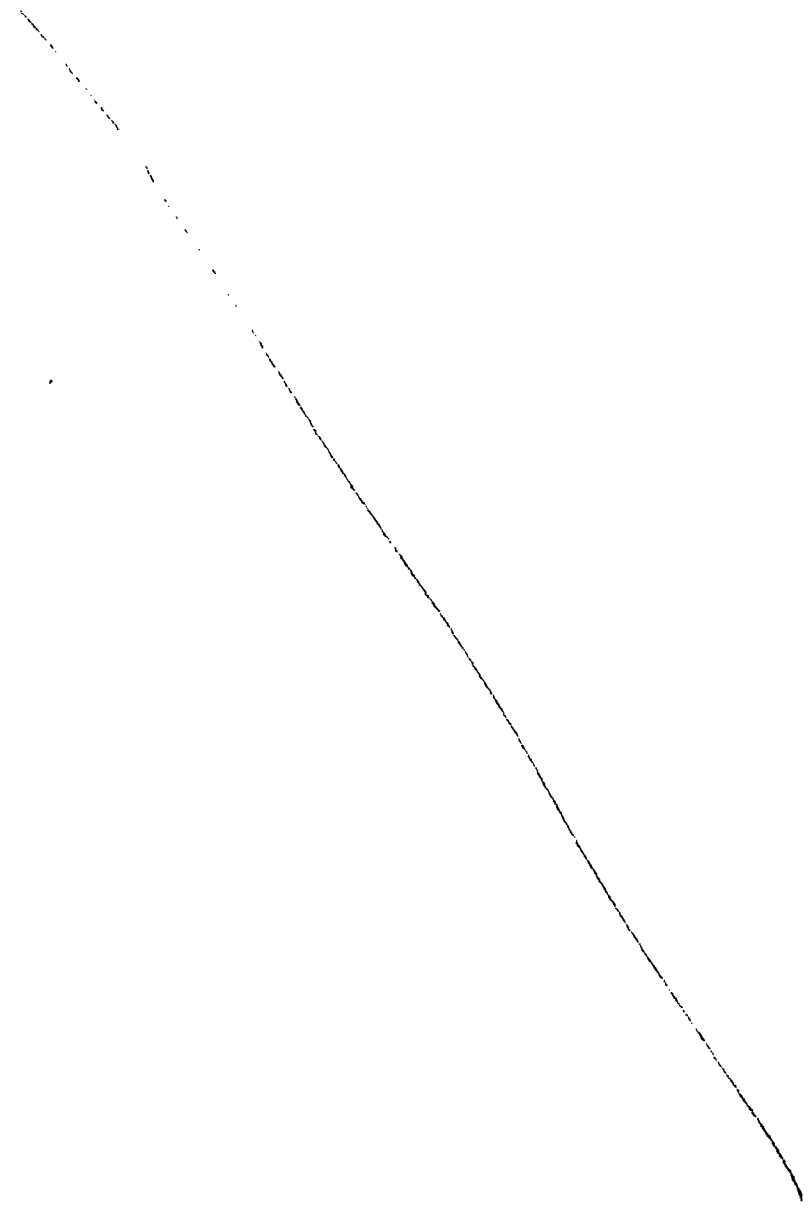


Pelo exposto, nego provimento ao pedido de restituição e, por consequência, não homologo as compensações declaradas.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2009



EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS





Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Quarta Câmara

3ª Seção-CARF
Fl.

PROCESSO Nº : 10510.001479/2003-56
INTERESSADA : BANCO DO ESTADO DE SERGIPE S/A - BANESE

Juntado aos autos o Acórdão nº 2201-00.260, fls.(940/946), referente a este processo.

De ordem, encaminhem-se os autos ao órgão de origem, para ciência da interessada.

Brasília – DF, 27 de novembro de 2009.

Almira Rosa Hostalácio
Siape: 0094311