



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº 10640.002357/00-51
Recurso nº 130.244 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP PIS
Acórdão nº 204-02.056
Sessão de 05 de dezembro de 2006
Recorrente SOUZA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
Recorrida DRJ em Juiz de Fora-MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1990 a 31/10/1995

PIS. NORMAS PROCESSUAIS RESTITUIÇÃO.
DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para se pedir a restituição do tributo pago indevidamente tem como termo inicial a data de publicação da Resolução que extirpou do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

COMPENSAÇÃO. BASE DE CÁLCULO.

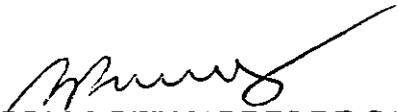
Até a vigência da Medida Provisória nº 1.212/95 a contribuição para o PIS deve ser calculada observando-se que a alíquota era de 0,75% incidente sobre a base de cálculo, assim considerada o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a decadência e reconhecer a semestralidade. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos (Relator) e Nayra Bastos Manatta que negavam provimento ao recurso, e Henrique Pinheiro Torres quanto à decadência. Designado o Conselheiro Rodrigo Bernardes de Carvalho para redigir o voto vencedor.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente



RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Leonardo Siade Manzan e Mauro Wasilewsk (Suplente). //

Relatório

Versa o presente processo pedido de restituição de PIS recolhido na forma determinada pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que foram declarados inconstitucionais pelo STF em decisões que foram objeto da Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada em 10/10/95. O pedido foi protocolado em 28/9/2000 e abrange os recolhimentos havidos entre março de 1990 e 14 de novembro de 1995. A empresa embasou seu pedido em planilha por ela elaborada (fls. 17/18) na qual consta que cada recolhimento se refere ao período de apuração ocorrido no mês anterior. Não aplicou, portanto, a chamada semestralidade. O contribuinte pretendeu utilizar o montante a restituir em compensação de tributos federais, tendo juntado formulário próprio à fl. 01, mas sem preencher os campos indicativos do(s) tributo(s) a compensar.

O pedido foi integralmente negado nas instâncias administrativas *a quo* – DRF e DRJ – por se encontrar, no entender daqueles julgadores, decaído parcialmente e, nos períodos não decaídos, não haver excesso de recolhimentos. Quanto à decadência, atinge os pagamentos ocorridos há mais de cinco anos do protocolo do pedido, fulminando, assim, todos os pagamentos ocorridos antes de 28 de setembro de 1995. Restariam, portanto, apenas dois pagamentos, ocorridos em outubro e novembro de 1995, em relação aos quais o pagamento na forma preconizada na Lei Complementar nº 7/70 e alterações posteriores seria maior do que aquele devido na forma dos decretos-leis. Isto porque a base de cálculo é praticamente a mesma, sendo maior a alíquota prevista na LC. O despacho Saort JFA (fl. 59) informa que na planilha elaborada pela empresa estaria sendo aplicada a alíquota de 0,5%, ao que parece por desconsiderar a alteração promovida pela Lei Complementar nº 17/73; também que o faturamento por ela adotado em seus cálculos não confere com o que consta em sua Declaração de Imposto de Renda do ano-calendário 1995 (fl. 57).

Em suas peças de defesa, alega que o prazo decadencial, embora de cinco anos, conta-se a partir da data de publicação da Resolução do Senado Federal, não se referindo expressamente à questão da semestralidade nem às inconsistências apontadas no despacho SAORT quanto ao faturamento da empresa.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Relator

O recurso é tempestivo, por isso dele tomo conhecimento.

Como sobressai do relatório, há de se examinar primeiro, discussão tantas vezes já enfrentada nesta Casa, o prazo para o exercício do direito de restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior. Primeiramente deve-se voltar a enfrentar a alegação de que tal prazo é de prescrição e não de decadência. Em diversos julgados anteriores já manifestei minha convicção de que se trata de prazo decadencial, filiando-me à doutrina dos mais respeitados mestres, a exemplo do grande Aliomar Baleeiro. E é que se fala aqui do nascimento do próprio direito; o que se discute é quando nasce a matéria a ser argüida, isto é, o próprio pagamento a maior.

Tratando-se de pagamento indevido por força de decisão judicial acerca da lei que o exigia, discute ainda a doutrina quanto a se se deve contar tal prazo da declaração de inconstitucionalidade ou atender-se à regra do art. 168, I do CTN.

Além desse ponto de vista, há os que ainda buscam se socorrer na tese esboçada em alguns julgados do STJ, mas que já vem sendo revista naquela mesma Corte, no sentido de que o prazo de decadência (ou prescrição) somente começa a fluir após a homologação, tácita ou expressa, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Hoje, tal tese já não comporta aplicação, por força da edição da Lei Complementar nº 118/2005, que é enfática em seu art. 3º; veja-se:

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.

Assim, dúvida não cabe mais de que, enquadrando-se a situação do contribuinte na hipótese do art. 168, I, o início do prazo inquestionavelmente se dá com cada pagamento indevido praticado. Nesse ponto, vale a ênfase de que assim caracterizado, não faz diferença encará-lo como prescrição ou decadência. Explico-me. É que ambos os prazos são de cinco anos e se contam do mesmo marco inicial. A diferença residiria apenas na possibilidade de suspensão ou interrupção de sua contagem, existente se de prescrição, ausente se de decadência. Ora, no presente caso, nenhuma das hipóteses de suspensão ou de interrupção se aplica, de tal modo que, mesmo se se considerar como prescricional, o prazo se encerra definitivamente ao cabo de cinco anos contados do pagamento indevido.

Nesses termos, cumpre apenas examinar a possibilidade de a contagem do prazo se iniciar com a declaração de inconstitucionalidade. A essa tese também não adiro. É que, colocada nesses termos, a restituição simplesmente **não tem prazo**. Explico-me: desde que se respeite o limite para ingressar com o pedido - no caso presente, segundo a empresa, 04/4/2006 - valores pagos indevidamente pelo mesmo motivo, em qualquer data anterior, são ainda passíveis de restituição. Esse absurdo, que fere de morte o princípio constitucional da segurança jurídica, se revela ainda mais crítico no tocante à declaração de inconstitucionalidade de lei; veja-se, por exemplo, o caso dos decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88: aplicada a tese, assegura-se a restituição de pagamentos feitos em 1988, desde que pleiteados mais de doze anos depois (outubro de 2000). E não há limite: se a declaração ocorrer 30 anos, 40 anos depois, durante todo esse lapso de tempo (acrescido de mais cinco) se poderá reaver os "pagamentos indevidos". Absurdo total.

Ora o que se pretende deferir ao contribuinte não é tudo o que foi pago a maior, mas aquilo que ainda não esteja decaído pelo prazo fixado na lei. E a Lei aqui é sem sobra de dúvida a de nº 5.172/66 - CTN. O seu artigo 168 fixa esse prazo em cinco anos: não há outro prazo a ser considerado. Somente muda o termo inicial de sua contagem segundo a razão da inconsistência da cobrança. Veja-se:

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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão

MAR A

judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Observa-se que somente não se conta o prazo da data da extinção do crédito tributário (inciso I), quando a restituição decorre de decisão, administrativa ou judicial, anulatória, revogatória, ou rescisória de decisão anterior (inciso II). Não há outra regra. No presente caso, qual a decisão anterior que está sendo revogada, rescindida ou anulada pela decisão do STF? Nenhuma. O direito de restituição nasce do pagamento indevido praticado, ainda que essa caracterização somente seja **declarada** por meio da decisão do STF.

Igualmente cediço hoje que não cabe ao intérprete da norma “inventar” uma que supra a eventual lacuna legal. Quer-se com isso dizer que não é porque a Lei não estipule expressamente uma regra de contagem para os casos de declaração de inconstitucionalidade de lei que deva o intérprete (ainda que seja o Juiz) estabelecer norma nova, não presente no ordenamento. Não: cumpre-lhe interpretar esse ordenamento de forma integrada para dele extrair o comando que se aplica ao caso concreto, utilizando-se, para tanto, de todos os recursos da hermenêutica.

Com esses argumentos, repilo, como tenho feito sistematicamente, as teses dos cinco mais cinco, bem como da data inicial do prazo ser a da declaração de inconstitucionalidade do ato e considero decaído qualquer eventual direito a restituição por parte do contribuinte no tocante a pagamentos efetuados há mais de cinco anos do ingresso do seu pedido de restituição, ou seja, pagamentos ocorridos antes de 28/9/1995.

Com isso, apenas poderiam ainda ser objeto de pedido de restituição os excessos eventualmente verificados nos pagamentos efetuados em outubro e novembro de 1995. A decisão combatida traz, no entanto, a informação, que a contribuinte não contesta, no sentido de que nestes meses inexistiu tal excesso. Pelo contrário, considerando o mês anterior como sendo o fato gerador, houve pagamento a menor.

Desse modo, restando decaído parcialmente o direito do contribuinte, bem como não se configurando, nos meses não decaídos, parcela a ser restituída somos por negar provimento ao recurso. E assim votamos.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2006.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS

Voto Vencedor

Conselheiro RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO, Relator

Fui designado para redigir o voto que afasta a decadência e reconhece a semestralidade da base de cálculo sem correção monetária.

Em relação à decadência, compartilho posição majoritária pelo qual o termo inicial do prazo de decadência é a publicação da Resolução n.º 49/95 do Senado que conferiu efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em controle difuso de constitucionalidade.

Este entendimento é antigo nos Conselhos, confira:



Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos pagamentos, devendo tomá-lo, no caso concreto, a partir da resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, do Senado Federal, que deu efeitos- erga omnes- à declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade. (1º CC – Ac. nº 107-0596, Rel. Conselheiro Natanael Martins, DOU 23/10/2000, p. 9)

Portanto, o direito subjetivo do contribuinte requerer a repetição do indébito só nasceu com a publicação da Resolução do Senado Federal que excluiu a norma declarada inconstitucional pelo Eg. STF do mundo jurídico, ou seja, em 10 de outubro de 1995. Portanto, considera-se o dia 10 de outubro de 2000 o último dia para se pedir a repetição do indébito para os contribuintes que se encontrem nesta situação.

Assim, como a protocolo do pedido de restituição foi feito em 28 de setembro de 2000, afastou a decadência para todo o período em que houve recolhimento indevido do PIS com base nos combatidos decretos-leis.

Quanto à base de cálculo, entendo que deve ser reconhecida a semestralidade até a edição da Medida Provisória nº. 1.212 de 1995 haja vista o disposto no parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, *verbis*:

Parágrafo único - A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente.

Aliás, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, este entendimento encontra-se pacificado pela primeira seção, conforme excerto do seguinte julgado, *verbis*:

RESP 374707

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

DJ 07.03.2005 p. 187

Consoante iterativa jurisprudência de ambas as Turmas integrantes da eg. 1ª Seção, a base de cálculo do PIS, sob o regime da LC 07/70, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador."

De modo que deve ser aplicada a Lei Complementar nº 7/70 para que os cálculos sejam feitos considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, observando-se os prazos de recolhimento estabelecidos pela legislação do momento da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária da base de cálculo.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a decadência e reconhecer a semestralidade, resguardado o direito da Fazenda Nacional de averiguar a liquidez e certeza dos créditos compensáveis.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2006.


RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO //