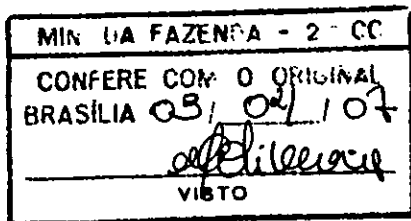
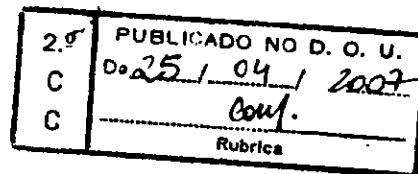




Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

Recorrente : TELEVISÃO SUL DE MINAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG



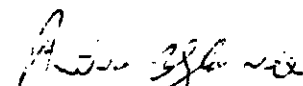
PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. PAGAMENTOS INDEVIDOS OU A MAIOR. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO PARA O PEDIDO E PERÍODO A REPETIR. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior realizados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 extingue-se em cinco anos, a contar da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/1995, e só podem ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos anteriores à data do pedido.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **TELEVISÃO SUL DE MINAS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, para considerar decaídos os períodos anteriores a 18/12/95. Vencidos os Conselheiros Cesar Piantavigna (Relator), Valdemar Ludvig e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda que davam provimento integral. Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 21 de setembro de 2006.


Antonio Bezerra Neto
Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Odassi Guerzoni Filho e Eric Moraes de Castro Silva.
Eaal/inp



Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

Recorrente : TELEVISÃO SUL DE MINAS LTDA.

RELATÓRIO

Pedido de restituição cumulado com compensação (fls. 01/02) apresentado em 18/12/2000 postulou a restituição de indébito de PIS e a compensação dos créditos correspondentes com pendências da empresa. Teria por base recolhimentos realizados em períodos distribuídos entre 03/89 a 10/91.

A empresa deveria ter promovido pagamentos de PIS na modalidade "repique" por se tratar de prestadora de serviços (fls. 05), motivo que aliado à declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, pelo STF, implicaria crédito para a mesma suscetível de aplicação em compensação.

Às fls. 41/48 consta cópia de ação declaratória com que a contribuinte buscou o reconhecimento de que não estaria obrigada a promover recolhimentos de PIS baseados nos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, postulação que foi agasalhada pelo Judiciário (fls. 49/65).

Às fls. 70/78 encontra-se cópia de mandado de segurança no qual a empresa pleiteou que lhe fosse assegurado o cômputo de correção monetária plena ao crédito proveniente do indébito de PIS, que reflexamente teria sido reconhecido na demanda declaratória assinalada acima, sendo agraciada com pronunciamento favorável sobre o tema (fls. 81/92).

A pretensão foi indeferida pela decisão de fls. 127/129, na medida em que o crédito associado aos recolhimentos indevidos teria sido fulminado pela decadência.

Manifestação de Inconformidade (fls. 134/147) investe contra a decadência pronunciada na instituição arrecadadora.

A instância de piso confirmou (fls. 223/226) a decisão da instituição arrecadadora.

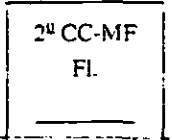
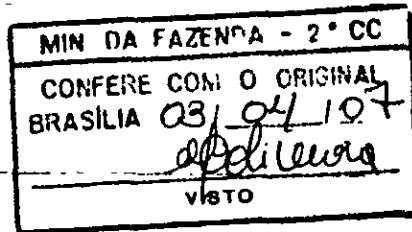
Recurso (fls. 231/239) reinvestiu no agasalho da pretensão.

É o relatório, no essencial.

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 03/04/07
<i>[Assinatura]</i>
VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR

CESAR PLANTAVIGNA

Venho reiteradamente expondo meu posicionamento quanto ao prazo decadencial em casos de restituição de indébito.

Sigo a orientação do STJ para a hipótese, isto é, de 10 (dez) anos contados de cada qual dos recolhimentos indevidos:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PIS. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. *Está 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 5 (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 delineados.*

2. *Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.*

3. *A ação foi ajuizada em 23/03/2001. Valores recolhidos, a título de PIS, no período de 12/89 a 04/96. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 03/1991) 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.*

4. *Precedentes desta Corte Superior.*

5. *Embargos de divergência parcialmente acolhidos para, com base na jurisprudência predominante da Corte, declarar a prescrição, apenas, das parcelas anteriores a 03/91, concedendo as demais, nos termos do voto. (EResp. nº 500.231/RS. 1ª Seção. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 10/11/2004. DJU 17/12/2004 – grifo da transcrição).*

Desta forma, sou firme em afirmar que os pagamentos injustificados distribuídos nas competências 03/89 a 10/98 figuram passíveis de devolução, na medida em que se deve considerar o mês (08/94 – fls. 78 e 80) da protocolização do mandado de segurança (fls. 70/78) impetrado pela empresa com a finalidade de assegurar a contagem de correção monetária plena ao crédito que vislumbrou advir do agasalho, no Judiciário, de postulação de cunho declaratório.

De fato, o acolhimento do pleito de cômputo de correção monetária implicou, lógica e inexoravelmente, na admissão de crédito de indébito de PIS para a empresa, pois do contrário não haveria razão para que o Judiciário houvesse deferido a contagem de tal rubrica (correção monetária).



Processo nº : 10660.003252/00-26

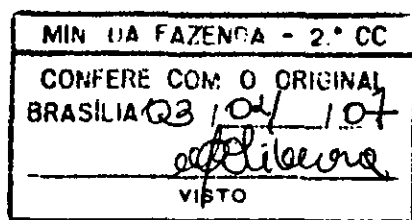
Recurso nº : 125.739

Acórdão nº : 203-11.350

Ante ao exposto, dou provimento integral ao recurso voluntário interposto, admitindo que o crédito da empresa seja apurado considerando todos os recolhimentos indevidos de PIS noticiados nesses autos.

Sala das Sessões, em 21 de setembro de 2006.


CESAR PIANTAVIGNA





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 03/01/07
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

VOTO DO CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
RELATOR- DESIGNADO

Dirijo do ilustre relator, por interpretar que na situação posta todos os pagamentos estão atingidos pela decadência, apesar de o pedido ter sido realizado nos cinco anos posteriores à Resolução do Senado nº 49/95.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo que o prazo para requerer a repetição do indébito oriundo dos pagamentos indevidos ou a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 é de cinco anos, contados a partir da publicação da referida Resolução, publicada em 10/10/95. 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, abrange somente os cinco anos anteriores à data do pedido, contanto que este seja formulado em tempo hábil, ou seja, até 10/10/2000.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 15/06/1999, não há que se falar em prescrição da ação judicial para repetir o indébito, tampouco em decadência do 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 Tribunal 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 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).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 23/04/04
<i>aplicação</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo n° : 10660.003252/00-26
Recurso n° : 125.739
Acórdão n° : 203-11.350

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

Não considero que o prazo para repetição do indébito no caso dos dois Decretos-Leis, na via administrativa, começa a contar de 04/03/94, data da publicação do Recurso Extraordinário n° 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.

Por outro lado, 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, também no caso de ação judicial.

Tampouco considero o início do prazo para solicitação da restituição ou compensação na data da publicação da MP n° 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 n° 1.110/95 ressaltou que tal dispensa não implicava em restituição de quantias pagas. Assim, embora anterior à Resolução do Senado n° 49/95, referida MP não permitia a restituição. Daí o direito à repetição de indébito não ter nascido, ainda, na data da MP n° 1.110, que depois de reedições foi convertida na Lei n° 10.522, de 19/07/2002.

Somente na reedição sob o n° 1.621-36, de 10.06.98, é que o § 2º do dispositivo legal 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 n° 1.621-36, quando solicitada a restituição deveria ser deferida.

Esclarecido porque compreendo que o prazo para a restituição ou compensação dos indébitos oriundos dos malsinados Decretos-Leis começa a contar da publicação da Resolução do Senado n° 49/95, levando em conta que o pedido foi protocolizado em tempo hábil, trato do período a repetir.

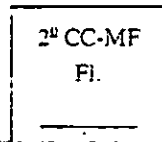
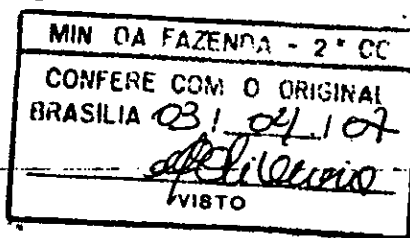
Admito a possibilidade de repetição do indébito para os recolhimentos efetuados até cinco anos antes do pedido. Quanto aos valores recolhidos antes desse interstício, como acontece no processo em tela, estão atingidos pela decadência.

Escorado em julgamentos do STF (RE n° 136.883/RJ, 2ª Turma), do STJ (REsp. n° 332.368-MG, 2ª Turma) e dos Conselhos de Contribuintes (a exemplo do Acórdão n° 106-14325,¹ Recurso n° 138919, julgado em 11/11/2004), já votei no sentido de que todos os

Número do Recurso:138919
Câmara:SEXTA CÂMARA
Número do Processo:10930.003667/2001-14
Tipo do Recurso:VOLUNTÁRIO
Matéria:IRF/ILL
Recorrente:MACSOL MANUFATURA DE CAFÉ SOLÚVEL LTDA.
Recorrida/Interessado:1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

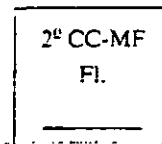
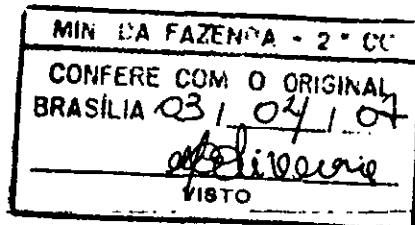
Data da Sessão: 11/11/2004 01:00:00
Relator: Ana Neyle Olímpio Holanda
Decisão: Acórdão 106-14325
Resultado: OUTROS – OUTROS

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, RECONHECER a legitimidade, AFASTAR a decadência do direito e DETERMINAR a remessa dos autos à DRF de origem para análise do pedido.

Ementa: IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PRAZO DECADENCIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo ou da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária (CSRF/01-03.239). Se o indébito se exterioriza a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras do tributo, surge para o contribuinte o direito à sua repetição, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido (Entendimento baseado no RE no 141.331-0, Rel. Min. Francisco Rezek). Na espécie, trata-se de direito creditório decorrente da retirada do dispositivo do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista", do ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução no 82, do Senado Federal, publicada no DOU de 19/11/1996. Assim, em se tratando de sociedades por ação, para que não seja atingido pela decadência, o pedido de reconhecimento do direito creditório deve ter sido apresentado até cinco anos contados da data da publicação da referida Resolução do Senado Federal. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - Relevante para a espécie que o tributo tenha sido recolhido pela requerente e que a cobrança da exação tenha sido dada por indevida, pelo STF, com a confirmação do Senado Federal. Comprovado que o pagamento do tributo se deu em nome da empresa, o que denota ter esta arcado com o ônus do seu recolhimento, e que incidiu sobre o lucro líquido total apurado em 31/12/1989. Legitimidade reconhecida. Decadência afastada.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

recolhimentos indevidos poderiam ser repetidos, independentemente da data do recolhimento, contanto que o pedido de restituição ou compensação fosse formulado até cinco anos após a publicação da Resolução do Senado nº 49/95.

Todavia, após estudar melhor a matéria, reformulei o meu entendimento, diferenciando a situação em que a declaração de inconstitucionalidade é proferida em sede do controle concentrado ou abstrato - ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) -, daquela em que a inconstitucionalidade é tratada na via difusa ou incidental.

É que no controle concentrado a instabilidade jurídica decorrente dos efeitos *ex tunc* da decretação de inconstitucionalidade pode ser mitigada pelo STF, como informam os arts. 27 da Lei nº 9.868,² de 10/11/99 (que dispõe sobre a ADI e a ADC) e 11 da Lei nº 9.882,³ de 03/12/99 (que trata da ADPF). Assim, em vez de se permitir a restituição de todos os recolhimentos, por mais antigos que sejam, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

Diferentemente ocorre no controle difuso, em sede do qual inexistente a previsão para restrição quanto aos efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade. A nulidade com efeitos *ex tunc*, inicialmente com validade somente para as partes, após a resolução senatorial tem tais efeitos estendidos a todos (eficácia *erga omnes*). Neste caso, manter os efeitos *ex tunc* pode causar enorme insegurança jurídica. Por isto a necessidade de considerar a decadência, com o objetivo de dar eficácia ao princípio da segurança jurídica.

Resolução senatorial, editada para dar eficácia *erga omnes* a uma decisão incidental do STF que até então possuía efeitos somente para as partes, não deve "reabrir" o prazo de repetição aos demais, porque estaria estendendo tal eficácia além do que decidiu o STF. Afinal, a decisão do STF trata da inconstitucionalidade de lei, e não de suspender os prazos prescricionais relativos à ação de repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade declarada.

Diferenciadas as duas situações, tem-se que no controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso ou incidental, é função da decadência.

Neste ponto cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal também possui decisões no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme demonstra o RE 57.310-PB, de 09/10/94, *in verbis*:

² Lei nº 9.868/99:

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

³ Lei nº 9.882/99:

"Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 03/04/02
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

Recurso Extraordinário não conhecido – A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra – Declarada inválida uma lei tributária, a consequência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas pela prescrição.

(Negrito ausente no original).

Doutrinariamente, ensinamentos constantes da obra Mandado de Segurança, de Hely Lopes Meirelles, Malheiros, 24ª edição, 2002, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, também informam o seguinte, às páginas 373/374:

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou impugnação.

No caso do PIS, a preclusão para repetição do indébito, regra geral, ocorre cinco anos após a extinção do crédito tributário. Sendo um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o contribuinte se obriga ao recolhimento do tributo antecipadamente, antes do lançamento a cargo da administração tributária, o prazo para a restituição é dado pelo art. 168, I, combinado com o arts. 165, I, e 156, VII, todos do CTN. Ou seja: 05 (cinco) anos, a contar do pagamento indevido.

Referidos artigos estabelecem a regra geral, segundo a qual finda em cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário, o prazo para solicitação de repetição de indébito advinda de pagamento indevido ou a maior. Esse prazo deve imperar inclusive no caso de inconstitucionalidade decretada por meio do controle difuso, de modo a impedir a repetição de valores recolhidos no período anterior ao intervalo dos cinco anos que antecede o pedido.

Somente na hipótese de inconstitucionalidade proferida em sede do controle concentrado, quando o STF pode restringir os efeitos *ex tunc* da nulidade declarada, entendendo deva ser excetuada a regra geral, de forma a permitir a repetição de todo o período, a não ser que o Tribunal diga o contrário.

Quando a inconstitucionalidade for declarada em sede do controle concentrado, e o STF não tiver restringido os seus efeitos *ex tunc*, todos os pagamentos indevidos podem ser restituídos, contanto que o pedido de repetição do indébito seja formulado no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão; quando declarada por meio do controle difuso, como se deu no PIS em questão, somente podem ser repetidos os pagamentos que ocorreram no



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 03/04/07
<i>Abilio Lourenço</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

interstício dos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido, neste caso com obediência aos artigos do CTN, mencionados acima.

Dessarte, no indébito do PIS relativo aos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em que a repetição decorre de inconstitucionalidade declarada em sede de controle difuso (Recurso Extraordinário nº 148.754-2, seguido da Resolução Senatorial nº 49/95), estão atingidos pela decadência do direito à repetição do indébito os recolhimentos efetuados no período anterior aos cinco anos antes da data do pedido.

Não me parece 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.⁴ 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 dilatação 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 dilatação 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. Assim também o prazo para a restituição/compensação na via administrativa. Essa a regra geral, que só não se aplica na situação em tela porque esta decorre de inconstitucionalidade.

Na situação dos autos, cuja inconstitucionalidade foi declarada em sede de controle difuso ou incidental, o prazo começa da publicação da Resolução do Senado, como já

⁴ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.

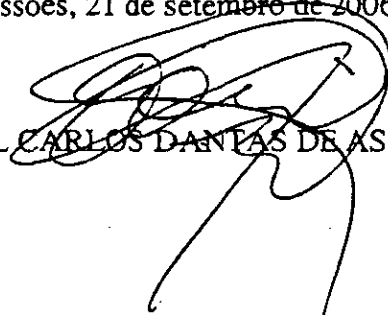


Processo nº : 10660.003252/00-26
Recurso nº : 125.739
Acórdão nº : 203-11.350

esclarecido atrás. Por outro lado, só podem ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido.

Como no caso ora julgado o pagamento mais recente foi realizado em outubro de 1991, e o Pedido foi protocolizado 18/12/2000, todos os recolhimentos estão atingidos pela decadência.

Sala das Sessões, 21 de setembro de 2006.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

