MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 06 / 06 / 07
Rubrica

Processo nº : 10680.003664/2002-42
Recurso nº : 126.600
Acórdão nº : 203-11.946

Recorrente : ETECCO - EMPRESA TÉCNICA DE ESTUDOS, CONSULTORIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

NORMAS PROCESSUAIS. PROVIMENTO JUDICIAL. NECESSIDADE CUMPRIMENTO ESTRITO. Sentença judicial que defere compensação, tão-somente, não pode ser estendida para permitir a restituição na via administrativa.

PIS/PASEP. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECRETOS-LEIS Nºs 2.445/88 E 2.449/88. PAGAMENTOS INDEVIDOS OU A MAIOR. 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 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.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **ETECCO - EMPRESA TÉCNICA DE ESTUDOS, CONSULTORIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, face à decadência.** Vencido o Conselheiro Cesar Piantavigna que afastava a decadência pela tese dos 5 mais 5 anos que votou pela tese dos dez anos.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Odassi Guerzoni Filho, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
/eaal

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 05 / 07
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 05 / 07
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91850

Processo nº : 10680.003664/2002-42
Recurso nº : 126.600
Acórdão nº : 203-11.946

Recorrente : ETECCO - EMPRESA TÉCNICA DE ESTUDOS, CONSULTORIA E CONSTRUÇÕES LTDA

RELATÓRIO

O processo trata do Pedido de Restituição de fl. 01/03, protocolizado em 19/03/2002, referente a créditos oriundos de pagamentos indevidos do PIS realizados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88.

Conforme as planilhas de fls. 04/07, os pagamentos foram realizados entre 10/03/89 e 29/03/96.

A requerente informa ser detentora de título judicial deferido na Ação Ordinária nº 1997.38.00.058284-8, cuja sentença, confirmada pelo TRF da 1ª Região, lhe reconheceu o direito ao crédito relativo aos valores recolhidos indevidamente ao PIS, no período compreendido entre 07/88 e 09/95.

Por bem resumir o que consta dos autos, reproduzo o relatório da primeira instância (fl. 293/294):

> *A DRF Belo Horizonte/MG analisou a solicitação (Despacho Decisório de fls. 252/254), concluindo pelo indeferimento do pleito, em face da constatação de ter sido assegurado judicialmente o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente a título de PIS com débitos do mesmo PIS, sendo inclusive indeferido o Embargo em que a mesma requereu o direito de repetir o indébito. Ressaltou, ainda, que, administrativamente, não há que se falar em restituição por haver decorrido o prazo prescricional para tal pedido.*
>
> *Tomando ciência da decisão em 20/01/2003 (fl. 255), a interessada apresenta, em 18/02/2003, a manifestação de inconformidade às fls. 256/268, com as argumentações abaixo sintetizadas:*
>
> *Discute, inicialmente, a questão da prescrição do pedido administrativo de restituição, alegando, basicamente, que no caso do PIS deve-se considerar o prazo prescricional a partir da homologação, que se dá de forma tácita após cinco anos de efetivado o pagamento.*
>
> *Ressalta, sobre esse ponto, que a matéria de prescrição não foi atacada no processo judicial, ocorrendo trânsito em julgado quanto a esse assunto. Reforça que não se pleiteia, nesta fase administrativa, análise do direito de restituição, mas sim liquidação do direito garantido por sentença transitada em julgado, a qual "faz lei entre as partes, não cabendo, portanto, contestação, sob quaisquer alegações, acerca do decidido na referida sentença".*
>
> *Sobre a afirmativa da DRF Belo Horizonte de que foi assegurado judicialmente à requerente a compensação mas não a restituição, alega que a forma da devolução, compensação ou restituição, é opção do contribuinte, citando o § 2º do art. 66 da Lei 8.383/91. Acrescenta que "em nenhum momento, a sentença judicial vedou a requerente a realizar a restituição, apenas analisou o pedido de compensação pleiteado, sem vedar a opção legal de se realizar a restituição". Nesse sentido, faz citação de acórdãos do STJ sobre o ponto em discussão.*
>
> *Trata, em seqüência, da modificação da estrutura societária da empresa, a qual sofreu processo de cisão parcial e incorporação por outra, o que fez com que a requerente*

perdesse grande parte de sua receita, impossibilitando a compensação em curto espaço de tempo.

Acrescenta que o indeferimento do pedido de restituição caracteriza confisco, considerando que a empresa precisaria mais de 30 anos para compensar todo o seu crédito. Nesse sentido, cita decisão do STJ em análise de caso que supõe ser similar ao seu.

Finalmente, objetivando guarida à sua tese de que não se pode distinguir compensação e restituição, cita a IN 210/02, enfatizando o art. 5º, § 2º, o qual prevê, expressamente, que eventuais saldos remanescentes após compensações sejam restituídos em espécie.

A 1ª Turma da DRJ prolatou o Acórdão de fls. 292/296, indeferindo a Manifestação de Inconformidade e ratificando a interpretação do órgão de origem, no sentido de prescrição dos recolhimentos havidos.

No tocante à ação judicial, observou que a autora interpôs Embargos de Declaração à sentença de primeira instância, que havia deferido o seu pedido de compensação, requerendo, entre outras coisas, o direito à repetição do indébito em processo de execução (fl. 112 do anexo a este processo). Em sua decisão o juiz julgou improcedentes os Embargos, enfatizando que deferido o pedido de compensação, não há que se falar em processo executivo para repetir o indébito (fl. 116 do anexo).

Levando em conta a coisa julgada, nos termos acima relatados, considerou não haver direito de a contribuinte solicitar a restituição, mas sim de compensar o PIS recolhido a maior com o próprio PIS.

O Recurso Voluntário de fls. 299/314, tempestivo (fls. 298/299), insiste na restituição nesta via administrativa. Repete em sua maior parte os termos da Manifestação de Inconformidade, e argúi ao final que a sentença deferiu o direito de compensação com débitos vencidos e vincendos da mesma espécie porque à época a Lei nº 8.383/91 só permitia tal compensação. Por isto refuta a afirmação da decisão recorrida, de que a contribuinte "deve se subjugar aos efeitos decorrentes das disposições proferidas pela autoridade judiciária", que aplicou a Lei nº 8.383/91, vigente à época da sentença, e não a lei tributária favorável e benéfica especificada na IN SRF nº 210/2002 (fl. 313).

Ao final também se reporta ao art. 49 da Lei nº 10.637/2002, segundo o qual "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." (negritos acrescentados pela recorrente).

É o relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 05 / 07
Marildo Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

Entendo não caber qualquer reforma na decisão recorrida porque, primeiro, o provimento judicial invocado, prolatado na Ação Ordinária nº 1997.38.00.058284-8, só permite a compensação. E segundo porque, tendo este pedido de restituição sido protocolizado após 19/03/2002 e referindo-se a pagamentos efetuados no período anterior ao qüinqüênio, a decadência os atingiu a todos.

Como evidencia o Acórdão da primeira instância, nos Embargos Declaratórios interpostos pela recorrente naquela ação judicial o juízo, julgando-os improcedentes, assentou que "deferido o processo principal, ou seja, para que a autora efetue a compensação dos valores recolhidos indevidamente, a título de PIS, não há que se falar em processo executivo para repetir o indébito." (fl. 116 do anexo a este processo).

Observo, por oportuno, que o pedido constante da Inicial foi para se reconhecesse a inexistência de relação jurídica relativa à exigência do PIS com base nos malsinados Decretos-Leis (a) e o direito da autora de promover a compensação dos referidos créditos (fl. 35).

Assim, em obediência aos estritos termos da sentença judicial não se pode admitir que a restituição ora analisada decorra da referida Ação Ordinária. A restituição administrativa em tela é dissociada da lide judicial, devendo ser indeferida porque formulada após o tempo hábil.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo 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 pedido.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição foi protocolizado em 13/03/2002, 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 quíntuplo 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 ressalvou 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 o Pedido de Restituição foi formulado após 10/10/2000 (cinco anos da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/95) e os recolhimentos foram efetuados entre 10/03/89 e 29/03/96, estão atingidos pela decadência todos os valores porventura pagos indevidamente.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 05 / 07
Mailde Cardoso de Oliveira
Mat. Siape 91650