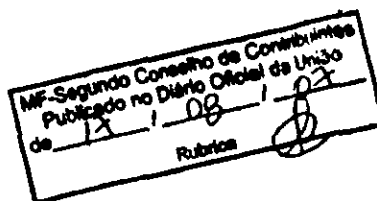




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189



Recorrente : DICAL DIESEL CAMPOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte-SP

PIS/PASEP. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PERÍODOS DE APURAÇÃO 10/95 A 02/96. MP Nº 1.212, DE 28/11/95. PAGAMENTOS A MAIOR. ADI Nº 1.417. LIMINAR DEFERIDA. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO PARA O PEDIDO. CINCO ANOS A CONTAR PUBLICAÇÃO DA LIMINAR. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário relativo a pagamentos a maior do PIS nos períodos de apuração 10/95 a 02/96, realizados de acordo com a MP nº 1.212, de 28/11/95, extingue-se em cinco anos, a contar de 24/05/96, data de publicação da liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.417, apreciada em 07/03/96.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **DICAL DIESEL CAMPOS LTDA.**

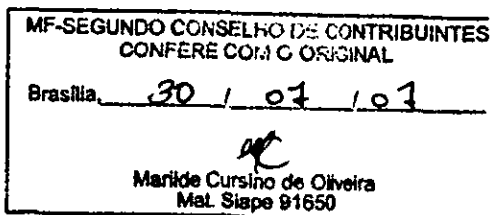
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em negar provimento ao recurso, em face da decadência, nos seguintes termos: I) pelo voto de qualidade, em acolher a decadência, tendo sido considerada a data de publicação da liminar deferida pelo STF na ADIn nº 1.417, como marco para a contagem inicial do prazo decadencial de cinco anos (24/05/1996). Contra essa tese, em primeira rodada, foram vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho e Antonio Bezerra Neto que consideravam decaídos os recolhimentos efetuados após 5 (cinco) anos do pagamento indevido. Ainda contra a tese vencedora, em segunda rodada, na qual todos participaram, foram vencidos os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Dory Edson Marianelli, Luciano Pontes de Maya Gomes e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda que consideravam como marco para a contagem do início do prazo decadencial de cinco anos, a data do trânsito em julgado da decisão do STF (04/04/2001).

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2007.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

Participou também, do presente julgamento, o Conselheiros Eric Moraes de Castro.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189

...SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 07 / 02
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Sisepe 91650

2ª CC-MF
Fl. _____

Recorrente : DICAL DIESEL CAMPOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição de fl. 01, protocolizado em 07/01/2002, relativo a créditos por recolhimentos a maior da Contribuição para o PIS Faturamento, períodos de apuração 11/95 a 02/96, efetuados com base na MP nº 1.212, de 28/11/95. Os pagamentos que originaram os créditos estão discriminados na planilha de fl. 02, cujo total é R\$ 34.703,64, tendo sido realizados entre 15/12/95 e 15/03/96, conforme os quatro DARF (originais) de fls. 03/06.

O órgão de origem indeferiu a restituição pleiteada., por considerar que o prazo para repetição do indébito em questão é de cinco anos, a contar do pagamento indevido, e por entender, não fosse a preclusão, que de todo não haveria valores a restituir.

Na Manifestação de Inconformidade de fls. 38/48 a requerente argúi basicamente o seguinte, conforme o relatório da primeira instância que reproduzo por bem resumir as alegações (fls. 67/68):

- em relação ao prazo para repetição ou compensação dos pagamentos havidos, argumenta que, segundo doutrina e julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nas ações que versem sobre tributos lançados por homologação, o prazo é de dez anos, correspondentes aos cinco anos de que dispõe a Fazenda para homologação (art. 150, § 4º do CTN), acrescidos de cinco anos relativos à prescrição do direito (art. 168, I, do CTN);

- acrescenta que no caso de declaração de inconstitucionalidade, tem-se essa como o início do prazo prescricional de cinco anos, tese que encontra guarida também no STJ;

- na seqüência, alega que a retroatividade do fato gerador do PIS a 01/10/1995, prevista no artigo 18 da Lei nº 9.715, de 1998, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF na ADIN nº 1417-0. Como consequência, alega não existir fato gerador de 01/10/1995 até a publicação da Lei nº 9.715, em 25/11/1998;

- prossegue, discorrendo sobre a Medida Provisória nº 1.212, de 1995, e suas reedições e afirma que, segundo jurisprudência do STF, todos os valores pagos no período em que foram aplicadas normas inconstitucionais, são indevidos já que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos que com base nela foram praticados. Frisa, ainda, que esse entendimento deve ser aplicado para todo e qualquer pagamento de PIS efetuado para o período de out/1995 a nov/1998;

- ainda em relação à matéria, aduz que a Lei nº 9.715, de 1998, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.212, de 1995, somente entrou em vigor em 1999, ficando sob 'vacatio legis' o período de 10/1995 a 01/1999.

- assevera, complementarmente, que a Receita Federal emitiu a IN/SRF/nº 06/2000, determinando a aplicação da LC 07/70 de 10/95 a 02/96, tentando amenizar o problema criado com a declaração da inconstitucionalidade da MP 1.212/95, reconhecendo a questão irretroatividade, mas sem se estender até a entrada em vigor da Lei 9.715/98.

A DRJ prolatou o Acórdão de fls. 65/73, mantendo o indeferimento do Pedido. Considerou não mais serem passíveis de repetição os valores em questão à prescrição. No mais, interpretou que a MP nº 1.212/95 passou a ter eficácia a partir de março de 1996.

5



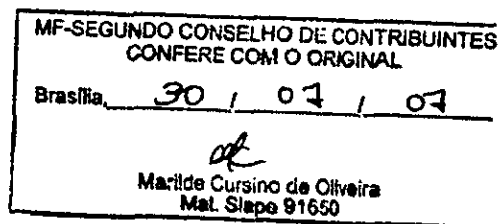
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189

O Recurso Voluntário, tempestivo, insiste na restituição, repisando argumentos da Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	30 / 07 / 04
 Manoel Cursino de Oliveira Mat. Siope 91650	

2ª CC-MF Fl. _____

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.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, entendo que o prazo para requerer a repetição do indébito em tela é de cinco anos, contados a partir de 24/05/96, data de publicação da liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.417. Nesse julgado o STF, em função da anterioridade nonagesimal inserta no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, por unanimidade de votos concedeu a medida cautelar "para suspender o efeito retroativo imprimido, a cobrança, pelas expressões contidas no art. 17 da M.P. no 1.325-96."

O referido art. 17 da MP nº 1.325, 06/02/96, corresponde ao art. 18 da Lei nº 9.715, de 25/11/98, ambos determinando que as novas disposições referentes ao PIS aplicavam-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995.

Como a medida cautelar concedida em ação direta de inconstitucionalidade possui eficácia *erga omnes* (neste sentido o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868, de 10/11/99, que dispõe de forma expressa sobre tal eficácia contra todos), desde a data da publicação da liminar concedida na ADI nº 1.417 restou suspensa a cobrança do PIS com base na MP nº 1.212/95 e suas reedições, no período anterior a março de 1996. Com isso o direito à repetição do indébito respectivo pôde ser exercido a partir de 24/05/96, data a partir da qual começou a contar o prazo prescricional para a ação judicial, bem como o prazo decadencial para a ação administrativa correlata.

Na apreciação do mérito da ADI nº 1.417, em 02/08/99, em votação unânime o STF julgou conforme a seguinte ementa, *verbis*:

Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei nº 8.715-98.

(Negrito acrescentado).

Também em 02/08/99 o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 232.896-PA, cuja ementa é a seguinte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO. I. - Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória. II. -



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 30 / 07 / 07

Marilda Cursino de Oliveira
Mat. SIAPE 91650

2ª CC-MF
Fl.

Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28.11.95 "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18. III. - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. IV. - Precedentes do S.T.F.: ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 15.8.97; ADIn 1.610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T., 25.5.98. V. - R.E. conhecido e provido, em parte.

(Negrito acrescentado).

Nos dois julgamentos acima referidos, a aplicabilidade das novas disposições sobre o PIS foi declarada inconstitucional a partir de outubro de 1995 em virtude da retroatividade estabelecida na MP nº 1.212, publicada em 29.11.95, e não porque o prazo nonagesimal deveria ser contado somente a partir da Lei. Como é cediço, o STF sempre admitiu a instituição ou majoração de tributos por meio de medida provisória, com vigência a contar da primeira edição. Esta é a jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal.

A despeito de julgados considerando a reedição de medidas provisórias inconstitucional, o Pleno do STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.533-DF, entendeu ser constitucional a reedição (decisão proferida em 09/12/96, Relator Min. Octávio Gallotti). Noutra decisão, datada de 28.01.97 e publicada no DJU de 04.02.97, pgs. 965/967, o Min. Celso de Melo, apesar de pessoalmente contrário à maioria do Tribunal, acatou a tese de constitucionalidade da reedição das medidas provisórias, para indeferir o pedido de suspensão cautelar da eficácia da norma inscrita no art. 6º da MP nº 1.534-1/97.

Em função dos pronunciamentos do STF, e em consonância com o art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a incidência do PIS, na forma da Lei nº 9.715/98, começa em 1º de março de 1996 (noventa dias após a MP nº 1.212, publicada em 29.11.95).

A Secretaria da Receita Federal, em obediência à anterioridade nonagesimal e reportando-se ao Recurso Extraordinário nº 232.896-3-PA (melhor seria ter se referido à medida cautelar ADI nº 1.417, cuja eficácia é *erga omnes*, diferentemente do julgamento em sede de controle de constitucionalidade difusa, com eficácia restrita às partes), editou a Instrução Normativa SRF nº 6, de 19.02.2000, vedando a constituição de crédito tributário referente ao PIS/PASEP com base nas alterações introduzidas pela MP nº 1.212/95, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, e determinando para o período a aplicação das Leis Complementares nº 7 e 8, de 1970.

Embora a IN SRF nº 6 mencionada só tenha sido editada muito tempo depois da medida cautelar deferida na ADI nº 1.417, é certo que os contribuintes não precisaram esperá-la para ingressar com a ação de repetição de indébito, seja na via judicial, seja na administrativa. Tal ingresso pôde ser feito desde 24/05/96, data de publicação da cautelar mencionada.

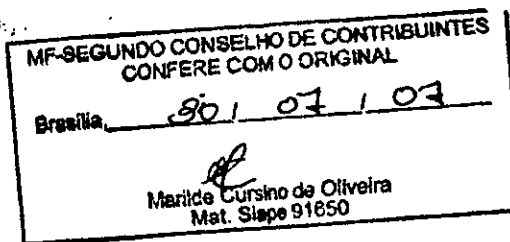
No caso em tela, em que o Pedido de Restituição foi protocolizado em 07/01/2002 e o pagamento mais recente ocorreu em 15/03/96, todo o indébito está atingido pela decadência.

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça interpreta diferente. Passou o Tribunal a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189



2º CC-MF
Fl.

homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente da origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.

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 da contagem do prazo prescricional no final dos cinco anos contados a partir do pagamento (ou do fato gerador, no caso da decadência), “duplicando” para 10 anos o intervalo.

Tal interpretação considera que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.¹ 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.

Todavia, se levado 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 a inconstitucionalidade foi reconhecida após os pagamentos.

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 a data do pagamento, que deve ser substituída pela data de publicação da ADI (situação em tela, de controle de constitucionalidade concentrado), da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou da publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior aos dois primeiros.

¹ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.



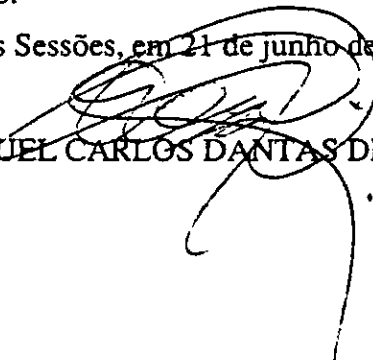
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10725.000027/2002-51
Recurso nº : 132.201
Acórdão nº : 203-12.189

Pelo exposto, e em virtude da decadência do direito à repetição do indébito, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2007.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 07 / 07
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. Siape 91650