



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 14 / 08 / 2003
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

Recorrente : BANCO NACIONAL DE INVESTIMENTOS S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS - PRELIMINAR. DECADÊNCIA.
O direito de o contribuinte pleitear a restituição do PIS, correspondente a valores recolhidos na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF, em valores superiores aos devidos segundo a LC nº 7/70, decai em 05 (cinco) anos a contar da Resolução do Senado Federal de n.º 49/1995, mas para aqueles que buscaram guarida no judiciário o prazo para a repetição do indébito começa a contar do trânsito em julgado da decisão que lhe fora favorável.
Processo anulado, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
BANCO NACIONAL DE INVESTIMENTOS S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2002.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Eduardo da Rocha Schmidt, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/ovrs/ja



Processo n^o : 10768.020289/00-48
Recurso n^o : 120.500
Acórdão n^o : 202-14.415

Recorrente : BANCO NACIONAL DE INVESTIMENTOS S/A

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria adoto o relatório da decisão de primeira instância, que transcrevo:

“Trata o presente processo de pedido de restituição no valor de R\$51.802,14 apresentado pela interessada acima identificada (fls. 01/03), relativo à contribuição para o PIS que teria sido paga por ela indevidamente. Parte desse suposto indébito (relativa aos períodos de 1990 e 1991) seria fruto do trânsito em julgado da ação ordinária n.º 91.01003759-5, onde foi reconhecido seu direito de recolher a exação com base na Lei Complementar n.º 7/70, afastando a incidência dos Decretos-Lei n.ºs. 2.445 e 2.449, ambos de 1988. A outra parcela discutida seria decorrente do recolhimento a maior da contribuição ao Pis na modalidade chamada de “Pis-Repique”, apurada no exercício de 1996, ano calendário de 1995.

1.1 A interessada apresentou o formulário “Pedido de Restituição”, preenchido (fl. 01), um demonstrativo de apuração do crédito tributário que considera restituível (fl. 03), diversas cópias de darf (fls. 04/14), excertos dos despachos proferidos na citada ação judicial (fls. 15/45), atas de assembléias gerais e procuração (fls. 46/63) e cópias do Livro de Apuração do Lucro Líquido - LALUR (fls. 84/107).

1.2 A autoridade administrativa, fls. 108/110, indeferiu parcialmente o pedido, reconhecendo o direito creditório de 23.466,23 UFIR, referente à parcela recolhida a maior de PIS-Repique relativo ao exercício de 1996, ano-calendário de 1995. Todavia, não se deu acolhida ao pedido na parte que encerrava as parcelas derivadas do suposto recolhimento indevido da exação feito na forma dos Decretos-Lei n.ºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988. Assim o fez, pois aquela autoridade firma que a natureza da ação judicial citada não traz comando que permita a restituição pleiteada, visto que se trata de simples ação declaratória, e não condenatória. Dessa forma, aquela decisão judicial não conferiria ao contribuinte direito à restituição. Por fim, entendeu aquele decisório que o direito de o contribuinte pleitear a restituição/compensação já estaria decaído, pois o prazo para repetição dos indébitos relativo a tributos ou contribuições pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício dos controles difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, seria de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito, nos termos do disposto no Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26/11/1999, com base no Parecer PGFN/CAT N.º 1.538, DE 1999.

2. O contribuinte inconformado, impugnou por seu representante legal o despacho decisório aduzindo:



Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

2.1 que aquela decisão erra na fixação do termo inicial do cálculo do prazo decadencial;

2.2 que baseia seu pedido numa decisão judicial que transitou em julgado, reconhecendo o direito do interessado em não recolher o Pis com base nos citados Decretos-Lei, mas sim com base no imposto de renda (Repique);

2.3 que por força do art. 174 do CTN a prescrição do direito de demandar o crédito tributário se interrompe com a citação pessoal feita ao devedor (art. 174, § 1º), logo, durante o período em que ocorre a ação mantém-se em suspenso o prazo de prescrição para o exercício dos direitos nela referidos;

2.4 que, dessa forma, o prazo de cinco anos mencionado na decisão só começa a correr do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade do pedido;

2.5 que há decisão administrativa firmando o entendimento de que a restituição dos recolhimentos indevidos efetuados na forma dos citados DL n.ºs. 2445 e 2449 pode ser feita independentemente da anuência da autoridade lançadora (citada a decisão SRRF/Disit nº 192/1999);

2.6 que a citada decisão administrativa assegurou o cancelamento dos créditos constituídos com base na legislação malsinada, assegurando então a restituição, por consequência dos valores pagos indevidamente sem fundamento legal;

2.7 que no caso concreto já obteve judicialmente a garantia de que seria ressarcida dos pagamentos sem amparo legal;”.

Ao apreciar a impugnação, em primeira instância, os membros da 4ª turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro – II, como consta do Acórdão n.º 260, de 15 de março de 2002, indeferiram o pleito da interessada, com os fundamentos de fls. 157/160, cuja ementa transcrevo:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1990, 1991

Ementa: REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição da contribuição ao Pis/Pasep paga em valor maior que o devido em virtude de o pagamento ter sido efetuado com base em Decretos-Lei posteriormente declarados inconstitucionais pelo STF, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento do crédito.

Solicitação indeferida”.



Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

Não se conformando com a decisão de primeiro grau, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário de fls. 164/166, onde diz que a lide passou a ser fundamentalmente de direito, visto que não há controvérsia, nem quanto à legitimidade do pedido, nem quanto ao valor da contribuição paga a maior.

Existem quatro hipóteses que devem ser consideradas isoladamente, que são:

- a) quando exista declaração de inconstitucionalidade da cobrança declarada por decisão em ADIN;
- b) a existência de ato administrativo reconhecendo a legitimidade do pagamento, e por consequência o direito de formalizar a restituição, como é o caso da IN SRF n.º 31, de 10/04/1997;
- c) a existência de uma ação própria proposta pelo contribuinte, caso em que o prazo começa do trânsito em julgado da decisão; e
- d) quando a legislação foi suspensa através de Resolução do Senado Federal.

Ainda, a hipótese que se cuida é a do item “c” citado acima, aplicável ao caso em questão, pois assim tem decidido o Eg. Conselho de Contribuintes, transcrevendo ementa das decisões proferidas nos Recursos nºs 110.992, 110.993 e 115.132, cujos Acórdãos foram publicados no DOU de 09/04/2002.

É o relatório.



Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ADOLFO MONTELO

Por tempestivo e preencher os requisitos de admissibilidade tomo conhecimento do recurso voluntário.

Conforme relatado, o presente processo trata de pedido de compensação/restituição da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, que a ora recorrente alega ter direito, com relação ao recolhimento dos períodos de apuração noticiados nos DARFs juntados aos autos, em razão de ter efetuado indevidamente os recolhimentos correspondentes na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF, conseqüentemente, em valores superiores aos devidos segundo as disposições da LC nº 7/70.

Está evidenciado nos autos que o fulcro da lide está em decidir em preliminar quanto à decadência.

No que diz respeito ao prazo sobre repetição de indébito, nos deparamos com os ensinamentos de Manoel Álvares.¹

“É regra geral, pois, que o prazo prescricional de cinco anos, para o contribuinte pleitear a restituição, tem seu início no momento da extinção do crédito tributário, com o pagamento indevido.

.....

Tem-se entendido, ainda, que, por força do princípio da actio nata, o prazo prescricional tem seu dies a quo na data da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal que declarar a inconstitucionalidade da lei que instituiu o gravame indevidamente pago como tributo (caso do PIS – Decretos-lei 2.445 e 2449.de 1988, das majorações das alíquotas do Finsocial – Lei 7.689/88 e do empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos – Decreto-lei 2.2288/86).”

No entendimento atual desta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, na lide em questão, para os contribuintes em geral, que protocolizaram administrativamente seus pedidos, a **decadência** começa a ser contada a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pois é daí que nasce o direito de os contribuintes postularem a compensação, e, neste caso, conta-se a partir da publicação da Resolução do Senado Federal de n.º 49/1995, publicada no DOU aos 10/10/1995, onde não se **ampara** a recorrente por ter protocolizado seu pedido de restituição aos 19 de dezembro de 2.001.

¹ Manoel Álvares, *in* Código tributário nacional comentado, doutrina e jurisprudência, Coordenação de Vladimir Passos de Freitas, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1999.



Processo n^o : 10768.020289/00-48
Recurso n^o : 120.500
Acórdão n^o : 202-14.415

Também, não encontra guarida a interessada em qualquer outro ato legal, restando apreciar o pedido em razão da ação judicial que propôs, com trânsito em julgado.

A controvérsia acerca do prazo para a compensação ou restituição de tributos e contribuições federais, quando tal direito decorra de situação jurídica conflituosa, na qual se tenha por definido ser indevido o tributo, foi muito bem delineada pelo Conselheiro José Antônio Minatel, no Acórdão n^o 108-05.791, cujo excerto transcrevo:

“Voltando, agora, para o tema acerca do prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação de valores indevidamente pagos, à falta de disciplina em normas tributárias federais de escalão inferior, tenho como norte o comando inserto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que prevê expressamente:

‘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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário.

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.’

Veja-se que o prazo é sempre de 5 (cinco) anos, sendo certo que a distinção sobre o início da sua contagem está assentada nas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, situações estas elencadas, com caráter exemplificativo e didático, pelos incisos do referido art. 165 do CTN, nos seguintes termos:

‘Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;



Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.’

O direito de repetir independe dessa enumeração das diferentes situações que exteriorizam o indébito tributário, uma vez que é irrelevante que o pagamento a maior tenha ocorrido por erro de interpretação da legislação ou por erro na elaboração do documento, posto que qualquer valor pago além do efetivamente devido será sempre indevido, na linha do princípio consagrado em direito que determina que ‘todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir’, conforme previsão expressa contida no art. 964 do Código Civil.

Longe de tipificar numerus clausus, resta a função meramente didática para as hipóteses ali enumeradas, sendo certo que os incisos I e II do mencionado artigo 165 do CTN voltam-se mais para as constatações de erros consumados em situação fática não litigiosa, tanto que aferidos unilateralmente pela iniciativa do sujeito passivo, enquanto que o inciso III trata de indébito que vem à tona por deliberação de autoridade incumbida de dirimir situação jurídica conflituosa, daí referir-se a ‘reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória’.

Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da ‘data da extinção do crédito tributário’, para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em situação fática não litigiosa, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto da solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir ‘da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória’ (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de Resolução do



Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Esse parece ser, a meu juízo, o único critério lógico que permite harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar (CTN). Nessa mesma linha também já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 141.331-0 em que foi relator o Ministro Francisco Resek, em julgado assim ementado:

'Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do depósito compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido' (Apud OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO – In 'Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário' – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999)''.

O entendimento do eminente julgador, corroborado pelo pronunciamento do Pretório Excelso, no RE nº 141.331-0, por ele colacionado, muito bem se aplica à espécie dos autos, pelo que o acato e tomo como fundamento para me posicionar no sentido de não ter ocorrido a decadência do direito de pedir a restituição/compensação do tributo em foco.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que, quanto à Contribuição ao PIS, o indébito restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, hipótese em que o pedido de restituição tem assento no inciso III do art. 165 do CTN, contando-se o prazo de prescrição a partir da data do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Para a formação do seu livre convencimento, o julgador deve se pautar na mais fiel observância dos princípios da legalidade e da verdade material, podendo, ainda, recorrer à jurisprudência administrativa e judicial existente sobre a matéria, bem como à doutrina de procedência reconhecida no meio jurídico-tributário.

Entendo que, em razão do protocolo do pedido aos **19 de outubro de 2001**, deve ser reformada a decisão de primeira instância quanto à **decadência**, visto que o prazo para a repetição do indébito, no caso em questão, começa a ser contado a partir da data do trânsito em julgado, que ocorreu em 01 de julho de 1999 (fl. 45) da decisão prolatada na Ação Ordinária proposta pela recorrente (fls. 15/44).

É bem verdade que a interessada poderia ter procedido a cumulação do pedido na Ação Declaratório com repetição de indébito, mas percebe-se que preferiu aguardar o julgamento e depois pedir a restituição via administrativa.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.020289/00-48
Recurso nº : 120.500
Acórdão nº : 202-14.415

Mediante todo o exposto, e o que dos autos consta, voto no sentido de acatar a preliminar para afastar a decadência e anular a decisão para que outra seja proferida apreciando o mérito quanto ao restante do pedido inicial que lhe foi indeferido.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2002

ADOLFO MONTELO