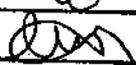




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 03 / 03 / 2004

VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10805.002551/00-98
Recurso nº : 122.864
Acórdão nº : 202-15.050

Recorrente : ALVORADA LEATHER COMERCIAL LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PIS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO – DECRETOS-LEIS nºs 2.445/88 e 2.449/88 – PRAZO DECADENCIAL - 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). A contagem do prazo decadencial para pleitear a repetição da indevida incidência apenas se inicia a partir da data em que a norma foi declarada inconstitucional, vez que o sujeito passivo não há de perder direito que não poderia exercitar. Na espécie, trata-se de direito creditório decorrente da retirada dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 do ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada no DOU de 10/10/95. Assim, 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.

Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ALVORADA LEATHER COMERCIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2003


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Ana Neyle Olímpio Holanda
Relatora

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

cl/opr



Processo nº : 10805.002551/00-98
Recurso nº : 122.864
Acórdão nº : 202-15.050

Recorrente : **ALVORADA LEATHER COMERCIAL LTDA.**

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedidos de restituição/compensação de valores que o sujeito passivo teria recolhido a maior, referentes à contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, pagos na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, com débitos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Com o pedido inicial foi trazida a planilha de fls. 03/04, em que são apresentados comparativos entre os valores recolhidos e aqueles devidos, como também cópias de alterações ao contrato social da empresa e Documentos de Arrecadação de Receitas Federais - DARFs de contribuição para o PIS de fls. 22/61.

A Delegacia da Receita Federal em Santo André - SP deliberou no sentido de indeferir a solicitação, por entender que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, invocando para tanto os artigos 165, I, e 168, I, do Código Tributário Nacional, com fundamento no Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999, e no Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 1999, o que implicaria a decadência do direito à restituição de todos os valores apresentados. No mérito, diz que o parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 07/70 teve suas determinações modificadas pela Lei nº 7.691, de 1988, não sobrevivendo daí o prazo de seis meses entre o fato gerador e o pagamento, sendo que tal modificação por lei ordinária não confronta as normas constitucionais, vez que a contribuição para o PIS não se enquadra na exigência do § 4º do artigo 195 da Constituição Federal.

O sujeito passivo apresentou impugnação ao ato supra-referido, na qual afirma que, conforme as disposições contidas no artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.052, de 1983, o prazo para pleitear a restituição de contribuição para o PIS paga indevidamente é de dez anos, a partir da data do recolhimento. Por outro lado, para os tributos lançados por homologação, interpretando-se conjuntamente as determinações dos artigos 150, § 4º, 165 e 168 do Código Tributário Nacional, tem-se que a extinção do direito de pleitear a restituição ocorre após cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da homologação tácita.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP manifestou-se pelo indeferimento da solicitação, fundamentando sua posição no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça - STJ já firmou seu entendimento de que o prazo de prescrição dos pedidos de restituição fundados na inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 iniciou-se com a publicação do acórdão do STF, que reconheceu aquela inconstitucionalidade, o que se deu em 04/03/1994, com a publicação da decisão do REsp nº 148.754. Assim, desde março de 1999 estaria prescrito o direito da peticionante. Por outro lado, a Secretaria da Receita Federal tem posição bem fundamentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF de que a declaração de inconstitucionalidade não faz nascer novo prazo para o pedido de restituição diferente daquele veiculado pelo Código Tributário Nacional - CTN - cinco anos contados da



Processo nº : 10805.002551/00-98

Recurso nº : 122.864

Acórdão nº : 202-15.050

data do pagamento. Quanto à alegação de que, para os tributos lançados por homologação, o crédito tributário somente se considera extinto com a homologação expressa do lançamento ou, não havendo homologação expressa, com o decurso do prazo de cinco anos, contados do pagamento antecipado, não merece prosperar, vez que, o artigo 150, § 4º, do CTN refere-se ao prazo para a Fazenda Pública homologar o pagamento antecipado, e não para estabelecer o momento em que o crédito se considera extinto, o que foi definido no § 1º do mesmo artigo.

Consigna também que, por aplicação do disposto nos artigos 165 e 168 do CTN, ser equivocado o entendimento de que o prazo de dez anos, previsto no Decreto-Lei nº 2.052, de 1983, seria utilizado para pedidos de restituição de indébito, haja vista tratar-se de prazo para que o Fisco promova a ação de cobrança das contribuições devidas ao PIS e ao PASEP. Ademais, os prazos que correm contra o sujeito passivo são sempre de cinco anos, seja por aplicação do disposto nos artigos 165 e 168 do CTN, seja pela utilização da regra geral de prescrição contra a Administração, prevista no Decreto nº 20.910, de 06/01/1932.

No tocante à argumentação de que o prazo previsto no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 07/70 trataria de base de cálculo retroativa somente se sustentaria se fosse possível cindir a norma tributária, ou seja, se existisse a possibilidade da concretização da materialidade, do aspecto espacial, do aspecto pessoal, do aspecto temporal no momento presente, dimensionados pelo aspecto quantitativo auferido no passado – no caso, seis meses atrás. Sendo equivocada a interpretação do sujeito passivo para aquela norma legal, afirmando que o prazo ali referido dita que a base de cálculo da contribuição é o faturamento de seis meses atrás, o que confronta com a determinações do Parecer PGFN/CAT nº 437/1998, aprovado pelo Ministério da Fazenda, vinculando, portanto, os órgãos e servidores deste ministério.

Irresignada com o julgamento *a quo*, a interessada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, onde repisa os mesmos argumentos de defesa apresentados na impugnação, e conclui pugnando para que o acórdão de primeira instância seja reformado e reconhecido o crédito da foram pleiteada.

É o relatório.



Processo nº : 10805.002551/00-98
Recurso nº : 122.864
Acórdão nº : 202-15.050

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A questão central do dissídio posto nos autos cinge-se ao pleito de que seja acolhida a tese de que a base de cálculo da contribuição para o PIS seria o faturamento do sexto mês anterior àquele em que ocorreu o fato gerador (auferir faturamento), considerando-se as determinações do artigo 6º, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 07/70, isto para que seja a autora credora de valores pagos a maior, na vigência dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, possibilitando a compensação de tais quantias com tributos vencidos ou vincendos.

Entretanto, por ser prejudicial ao mérito, impende que se analise a questão da decadência do direito de restituição dos valores referentes a tais períodos.

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 enfrentada pelo Conselheiro José Antônio Minatel, no Acórdão nº 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:

J //



Processo nº : 10805.002551/00-98
Recurso nº : 122.864
Acórdão nº : 202-15.050

'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;

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.



Processo nº : 10805.002551/00-98
Recurso nº : 122.864
Acórdão nº : 202-15.050

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto da solução jurídica constitutiva, 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 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 ter ocorrido a decadência do direito de pedir a restituição/compensação do tributo em foco, vez que os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 foram retirados do ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada no DOU de 10/10/95, tendo o pedido de restituição/compensação sido protocolizado em 13 de dezembro de 2000, depois de transcorridos os cinco anos.

Aqui cabe ressaltarmos que, quando se tratar de compensações com o mesmo tributo, conforme determinado no artigo 66 da Lei nº 8.383, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.069, de 1995, despiciendo que seja formalizado pedido, subordinando-se apenas à existência do direito creditório, cabendo à Fazenda Pública a homologação do procedimento do sujeito passivo.



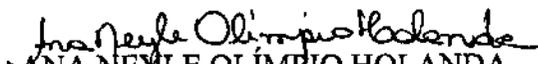
Processo nº : 10805.002551/00-98
Recurso nº : 122.864
Acórdão nº : 202-15.050

Na espécie, por se tratarem os créditos de valores decorrentes de situação jurídica litigiosa, não se cuida de simples homologação de compensação já efetuada, mas de reconhecimento do direito creditório, sujeitando-se o pedido à análise da extinção do direito consoante com a data em que foi formulado.

Quanto à análise do mérito, vez que extinto o direito ao crédito apresentado pela decadência, restará prejudicada, pois, conforme o artigo 28 do Decreto nº 70.235, de 1972, o mérito deverá ser examinado apenas nos casos em que não houver incompatibilidade com as preliminares.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2003


ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA