



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 10830.002662/2005-18
Recurso n° 159.790 Voluntário
Matéria PASEP
Acórdão n° 203-13.587
Sessão de 02 de dezembro de 2008
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1988 a 31/03/1998


**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - REPETIÇÃO DE
INDÉBITO - DECADÊNCIA.**

Somente após a publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade é que se forma o indébito e, portanto, inicia-se o prazo decadencial para sua repetição, "*dies a quo*".

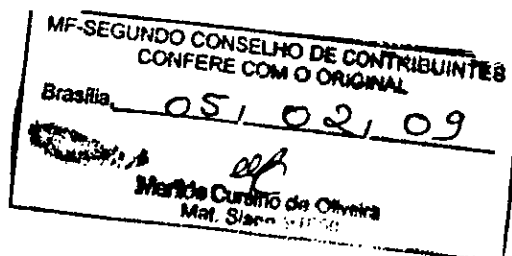
Recurso negado.


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. O Conselheiro Odassi Guerzoni Filho vota pelas conclusões.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05, 02, 09

Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91850

CC02/C03
Fls. 220

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 01, protocolado em 07/06/2005, no valor de R\$ 21.490.281,71, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o PASEP, relativos aos anos calendário de 1988 a 1996.

A DRF em Campinas emitiu o Despacho Decisório de fls. 08/12, indeferindo o pedido de restituição, sob a fundamentação de que:

a) Na instrução do processo administrativo não consta o reconhecimento de firma do outorgante no instrumento particular de procuração;

b) A interessada não apresentou as cópias dos comprovantes de pagamentos que alega terem sido feitos a maior, conforme exige a IN SRF nº 460/2004, bem como não anexou planilha com atualização/demonstração dos valores requeridos;

c) Quando da formalização do pedido (07/06/2005) já estava extinto o direito de repetição de indébito dos recolhimentos efetuados antes de 07/06/2000, nos termos do artigo 168 do Código Tributário Nacional, do Ato Declaratório SRF nº 96/99 e da Lei Complementar nº 118/2005.

Cientificada desse despacho em 25/07/2007 (fl. 13-verso) a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 21/08/2008 (fls. 14/26), na qual alega, em síntese que:

1) nos termos do art.81 da Lei Orgânica do Município de Campinas, a referida Autoridade Municipal (Dr Hélio), é competente para representar o município neste pleito independente de apresentação de procuração conferida por instrumento particular com firma reconhecida;

2) apresenta memória de cálculo às fls.160/162 bem como os DARF solicitados às fls.98/159;

3) tem direito à restituição decorrente dos valores que foram recolhidos com base nos Decretos-Leis nº 2.445, de 1988, e nº 2.449, de 1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e suspensos pela Resolução do Senado Federal nº 49, de 9 de outubro de 1995;

4) havendo homologação tácita indisputável também seria o prazo de 10 anos para a restituição do tributo pago indevidamente;

5) conforme entendem a doutrina e a jurisprudência, a extinção do crédito tributário operar-se-ia com a homologação do lançamento, o que, na prática, resultaria num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;



6) conforme entendimento firmado pelo STJ, o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 somente pode ser aplicado a situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência(09/06/2005).

Por intermédio do Acórdão nº 05-21879, de 12/05/2008, às fls. 175/176 (verso), a DRJ de Campinas indeferiu a solicitação por entender que estava extinto o direito à restituição dos recolhimentos efetuados anteriormente a 07/06/2000, tendo em vista a data de protocolo – 07/06/2005.

Descontente com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo protocolou o recurso voluntário de fls. 179/199, no qual argumenta, em síntese, que:

a) De acordo com o novo entendimento do STJ, deve a prescrição/decadência das ações de repetição e compensação tributárias ser contada da seguinte forma:

a-1) Os recolhimentos efetuados até 09 de junho de 2005, data da vigência da LC 118/2005) aplica-se a Teoria dos 5 mais 5;

a-2) Os recolhimentos efetuados após 09 de junho de 2005, aplica-se prazo quinquenal;

a-3) Na hipótese “a-1”, aplicação da teoria dos 5 mais 5 fica limitada ao prazo máximo de cinco anos após 09 de junho de 2005, ou seja, a 09 de junho de 2010.


Nesta esteira, como a Prefeitura de Campinas protocolizou seu pedido em 07/06/2005, antes do limite estabelecido pelo STJ, aplica-se à presente demanda a tese do prazo decenal. Dessa forma, apenas os valores que são anteriores ao decênio que antecede a data do ajuizamento do pedido em 07/06/2005 encontram-se atingidos pela decadência, ou seja, períodos anteriores a 1994.

Quanto ao mérito, pugna pelo reconhecimento dos valores recolhidos a título de PASEP sob a égide dos Decretos-Leis nº 2448/88 e 2449/88, que tiveram sua execução suspensa ante a declaração de inconstitucionalidade.

Termina sua peça recursal requerendo que seja dado provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília <u>05/02/09</u>
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. Sisepe 91650

Voto

Conselheiro GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Relator.

A impugnação foi apresentada com observância do prazo previsto, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dela tomo conhecimento e passo a apreciar.

A controvérsia se instaurou por entendimentos divergentes quanto ao termo “a quo” para contagem do prazo decadencial relativo ao direito de repetição do indébito em face da Resolução do Senado nº 49/95.

Para a solução da presente lide adoto, como razões de decidir, entendimento do Conselheiro Julio César Vieira Gomes, vazado nos seguintes termos:

“O tema tem disciplina no Código Tributário Nacional que, no entanto, não tratou dessa questão específica:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 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.

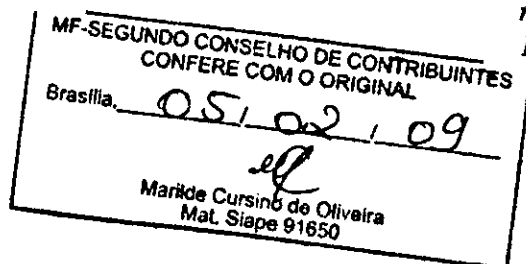
Entendo que a solução da controvérsia deve ser iniciada com a pesquisa do sentido da expressão indébito, eis que a restituição se refere ao pagamento indevido. É com a identificação do momento em que determinado pagamento se tornou indevido que se inicia o prazo prescricional para a ação de repetição do indébito.

O Código Tributário Nacional dedicou à matéria a Seção III “Pagamento Indevido” do Capítulo IV “Extinção do Crédito Tributário”, nos seguintes termos, a partir dos quais podemos extrair um sentido para a expressão “indevido”:

SEÇÃO III

Pagamento Indevido

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 § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05, 02, 09
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. SIAPE 91650

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.

Nos exatos termos do artigo 165, I do CTN, o tributo é indevido em face da legislação tributária aplicável, ou seja, examinando-se o pagamento à luz da norma aplicável, constata-se uma incorreção, o tributo é indevido ou se pagou mais que o devido. E o que se tem por indevido não resulta da interpretação da lei pelo sujeito passivo em sentido contrário àquela adotada pela Administração. É indevido o tributo porque a legislação assim o considera, independentemente da interpretação empregada ou de sua constitucionalidade ou não. Até porque todas as leis em vigor gozam da presunção de constitucionalidade, que somente pode ser afastada nos controles concentrado e difuso:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema.¹

No caso sob exame, os pagamentos foram realizados em conformidade com o Decreto-lei nº 2.445/88, isto é, foram recolhidos para o Programa de Integração Social – PIS 0,65% da Receita Operacional Bruta. Considerando a presunção de constitucionalidade do aludido Decreto-lei, não foi o pagamento de acordo com suas regras que era indevido à época, mas na sistemática da Lei Complementar nº 7/70. Já que esta não mais se aplicava ao recorrente.


Quanto aos efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, é de se ter que o indébito apenas se forma entre as partes do processo. Com relação aos demais contribuintes, o tributo continua sendo obrigatório e, eventuais pagamentos, regularmente devidos. Somente com a suspensão dos efeitos da lei através da Resolução Senatorial é que todos os pagamentos até então realizados se tornaram indevidos. A partir de então se iniciou o prazo prescricional para a repetição.

Quanto à aplicação ao caso do artigo 106, I do Código Tributário Nacional, em face dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, não prosperam as razões do recorrente. Não se referiu o dispositivo legal ao indébito em razão de declaração de inconstitucionalidade, mas tão somente de pagamento indevido em face da legislação tributária aplicável; portanto, pelas razões já

¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2003. página 176

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 05/02/09


Marilde Curtino de Oliveira
Mat. S/ape 91650

LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (EREsp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Referendando o posicionamento acima discorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

6. Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelos Documentos: 3501957 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 11 Superior Tribunal de Justiça partes litigantes.

7. Recurso especial provido.

No mesmo recurso especial acima transcrito também se firmou entendimento na Corte Especial que, uma vez adotada a tese dos cinco mais cinco anos para os tributos de lançamento por homologação, não haveria de se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Porém, não se pode ignorar que, após oscilações, firmou-se uma solução prática para o deslinde da questão. Solução esta que deve ser compreendida como um todo, como um sistema fechado. Se por um lado, o prazo prescricional para a repetição do indébito foi ampliado para dez anos, já que se inicia da homologação tácita; de outro, seu termo a quo seria invariavelmente a data de ocorrência do fato gerador. Entendo, e para tanto peço vênia, que o respeitável entendimento do STJ somente guarda coerência nos exatos termos em que se consolidou. Ambas as características, termo inicial de contagem, termo a quo, e prazo prescricional, são indissociáveis. Entretanto, forçosamente, procura a Fazenda Nacional, através de seu ilustre representante, extrair da nova jurisprudência da Corte Especial somente a parte que lhe atende, termo a quo, desprezando a outra, prazo prescricional de 10 anos".

Portanto, entendo que somente após a publicação da resolução do Senado nº 49, de 10 de outubro de 1995 é que se formou o indébito, caracterizando o "dies a quo" para a contagem do prazo decadencial.

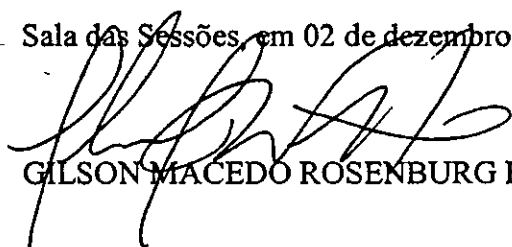
Voltando ao caso em análise, resta evidente que o pedido de restituição não poderá prosperar, tendo em vista que na data de sua formalização, em 07/06/2005, o direito de solicitar eventual restituição, em relação aos recolhimentos do PASEP perseguidos nestes autos, já tinha sido extinto, pois foi alcançado pela decadência, que se operou com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da publicação da Resolução do Senado nº 49/95.




Nos casos de pagamento indevido ou a maior, fatos que justificam uma eventual repetição do indébito, a idéia de restituir é para que ocorra um reequilíbrio patrimonial. O direito de repetir o que foi pago emerge do fato de não existir débito correspondente ao pagamento. Portanto, a restituição é a devolução de um bem que foi trasladado de um sujeito a outro equivocadamente. Deve ficar entre dois parâmetros, não podendo ultrapassar o enriquecimento efetivo recebido pelo agente em detrimento do devedor, tampouco ultrapassar o empobrecimento do outro agente, isto é, o montante em que o patrimônio sofreu diminuição. O ordenamento jurídico estabelece a obrigação de restituir a “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido”, e essa obrigação se extingue com a restituição do indevido ou com a **decadência do direito**.

Em face de todo o exposto, negou provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008



GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>05, 02, 09</u>
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. S/ape 91650