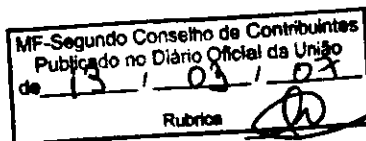




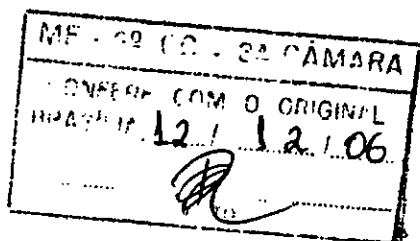
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



Recorrente : RESTAURANTE COPA 90 LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



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 E PERÍODO A REPETIR. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior do PIS Faturamento, 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, no caso de pagamentos realizados até aquela data, ou da data de recolhimento, no caso de pagamentos realizados após. Sendo realizado em tempo hábil o pedido, podem ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos anteriores.

PIS/FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO E SEMESTRALIDADE. Face à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1998, e tendo em vista a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no âmbito administrativo, impõe-se reconhecer que a base de cálculo do PIS Faturamento, até a entrada em vigor da MP nº 1.212/1995, em março de 1996, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária no intervalo dos seis meses.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **RESTAURANTE COPA 90 LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) pelo voto de qualidade, em acolher a decadência por considerar decaídos os recolhimentos anteriores a 30/11/1993. Vencidos os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Mauro Wasilewski (Suplente), Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente) e Valdemar Ludvig que davam provimento para afastar totalmente a decadência, pela tese dos cinco anos a partir da resolução do Senado, abrangendo todos os pagamentos anteriores; II) por unanimidade de votos, em acolher a semestralidade, para os períodos não decaídos.

Sala das Sessões, em 27 de julho de 2006.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente) e Odassi Guerzoni Filho.

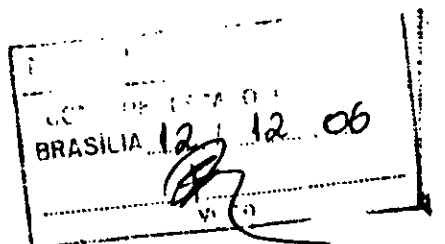
Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Cesar Piantavigna, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/inp



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : RESTAURANTE COPA 90 LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição de fl. 01, protocolizado em 30/11/1998, relativo a créditos por recolhimentos a maior da Contribuição para o PIS Faturamento, efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Segundo as planilhas de fls. 10/16 e as cópias dos DARF de fls. 17/36, os pagamentos que originaram os créditos foram realizados entre 15/02/90 e 13/10/95 e somam, em valores atualizados até outubro de 1998, R\$ 1.927,22.

O órgão de origem indeferiu o pleito, consoante o Despacho Decisório de fls. 51/56. Reportando-se ao Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal nº 96/99, interpretou que os arts. 165, I, II, e 168, I do CTN, e concluiu pela extinção do direito à repetição, com relação aos pagamentos efetuados antes da 30/11/1993.

Com relação aos pagamentos posteriores, afirmou que os cálculos do interessado “consideraram apenas o disposto no parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70 e, equivocadamente, não levaram em consideração as alterações posteriores...”. Conforme a planilha de fl. 55, constante do Despacho Decisório, o órgão de origem não aplicou a semestralidade e concluiu inexistir o indébito pretendido.

Na Manifestação de Inconformidade de fls. 59/64 a requerente arguiu, em síntese, que o termo inicial para o exercício do direito de pleitear a restituição, para as hipóteses dos incisos I e II do art. 165 do CTN, é a data da extinção do crédito tributário, a qual, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, dá-se, *ex vi* do inciso VII do art. 156 do CTN e do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º. Aduz, então, que como na prática a Fazenda Pública nunca homologa expressamente, considera-se extinto o crédito tributário cinco anos depois de ocorrido o seu fato gerador (homologação tácita), data a partir da qual se conta o prazo de cinco para o exercício do direito à repetição do indébito em tela.

Em seu favor transcreve jurisprudência do STJ, do TRF da 4ª Região e doutrina de Paulo de Barros Carvalho.

A 3ª Turma da DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 67/72, indeferiu a Manifestação de Inconformidade.

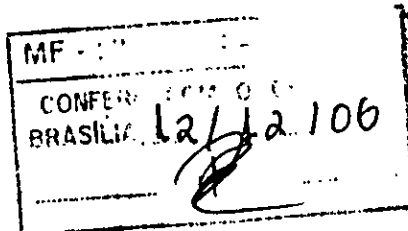
Também interpretou que o prazo para o exercício do direito à restituição é de cinco anos e inicia-se na data do pagamento antecipado referido no art. 150 do CTN, que interpreta em conjunto com o art. 156, VII, do mesmo Código. Por isto considerou decaídos os pagamentos anteriores a 30/11/93.

Quanto aos pagamentos posteriores a 30/11/93, entendeu que “houve concordância quanto ao indeferimento, constituindo, pois, matéria não-litigiosa”. Assim, não se pronunciou sobre a questão da semestralidade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



2º CC-MF
Fl.

O Recurso Voluntário de fls. 75/84, tempestivo (fls. 73/75), insiste na repetição do indébito dos recolhimentos anteriores a 30/11/93. Argúi que o art. 3º da LC nº 118/2005 não é meramente interpretativo, pelo que não se aplica retroativamente e não atinge a situação em tela.

Sem tratar da semestralidade, nem se referir aos recolhimentos a partir de 30/11/93, finaliza requerendo "seja reconhecido o prazo de dez anos para a aludida compensação."

É o relatório, no que interessa ao julgamento da lide.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169

MF - 02	12	12	06
CONFERÊNCIA COM O CUG			
BRASIL			

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.

As questões a tratar são duas, a saber: 1) o prazo para repetição do indébito oriundo de pagamentos a maior com base nos malsinados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, bem como o período a repetir; e 2) a chamada semestralidade do PIS.

Trato também da semestralidade, apesar de não abordada expressamente nem na Manifestação de Inconformidade, nem neste Recurso Voluntário, levando em conta que as planilhas de cálculo apresentadas junto com o Pedido consideraram a defasagem de seis meses entre o mês da base de cálculo e o do fato gerador, e que alguns dos meus pares nesta Terceira Câmara interpretam que a LC nº 7/70 não pode ser aplicada sem considerá-la (a semestralidade). Embora a rigor a matéria pudesse ser considerada preclusa, sabedor da interpretação que afinal tem prevalecido, devo me pronunciar sobre o tema.

Por outro lado, tanto a Manifestação de Inconformidade quanto o Recurso, ao se referirem tão-somente aos pagamentos anteriores a 30/11/93, deixam implícito o entendimento de que o indeferimento não teria sido total, isto é, não teria abrangido também os períodos posteriores. Daí não tratar, em nenhuma das peças recursais, dos períodos posteriores, que todavia merecem ser considerados neste julgamento, face ao indeferimento inicial.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo que o prazo para requerer a repetição do indébito oriundo dos pagamentos indevidos ou a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 é de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/95. 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, abrange somente os cinco anos anteriores à data do pedido, contanto que este seja formulado em tempo hábil, ou seja, até 10/10/2000. Isto independentemente da aplicação dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005. A interpretação aqui delineada apenas coincide com a interpretação autêntica promovida pelo legislados, por meio da cita Lei Complementar.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 30/11/1998, não há que se falar em prescrição da ação judicial para repetir o indébito, tampouco em decadência do pedido de repetição, nesta via administrativa.

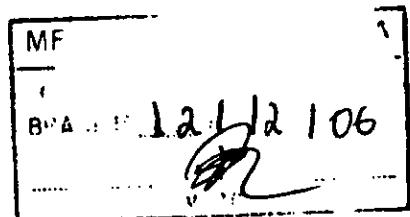
Adoto o entendimento expresso no Acórdão abaixo do STJ, embora atualmente esse tribunal já tenha alterado sua jurisprudência (mais recentemente o Tribunal passou a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente do indébito ser decorrente de 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.



Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



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, Ag Rg no REsp. nº 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. à unanimidade em 20.05.03, DJU de 09.06.03).

Não considero que o prazo para repetição do indébito no caso dos dois Decretos-Leis, na via administrativa, 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.

Por outro lado, 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, também no caso de ação judicial.

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 ressaltou 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 dispositivo legal 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.

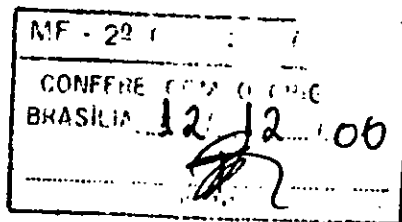
Esclarecido porque compreendo que o prazo para a restituição ou compensação dos indébitos oriundos dos malsinados Decretos-Leis começa a contar da publicação da Resolução do Senado nº 49/95, levando em conta que o pedido foi protocolizado em tempo hábil, trato do período a repetir.

Admito a possibilidade de repetição do indébito para os recolhimentos efetuados até cinco anos antes do pedido. Quanto aos valores recolhidos antes desse interstício, estão atingidos pela decadência.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



2ª CC-MF
Fl.

Como na situação em tela o Pedido foi protocolizado em 30/11/1998, os pagamentos realizados antes de 30/11/1993 estão atingidos pela decadência.

Escorado em julgamentos do STF (RE nº 136.883/RJ, 2ª Turma), do STJ (REsp. nº 332.368-MG, 2ª Turma) e dos Conselhos de Contribuintes (a exemplo do Acórdão nº 106-14.325,¹

1

Número do Recurso:138919

Câmara:SEXTA CÂMARA

Número do Processo:10930.003667/2001-14

Tipo do Recurso:VOLUNTÁRIO

Matéria:IRF/ILL

Recorrente:MACSOL MANUFATURA DE CAFÉ SOLÚVEL LTDA.

Recorrida/Interessado:1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Data da Sessão:11/11/2004 01:00:00

Relator:Ana Neyle Olímpio Holanda

Decisão:Acórdão 106-14325

Resultado:OUTROS – OUTROS

Texto da Decisão:Por unanimidade de votos, RECONHECER a legitimidade, AFASTAR a decadência do direito e DETERMINAR a remessa dos autos à DRF de origem para análise do pedido.

Ementa:IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PRAZO DECADENCIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo ou da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária (CSRF/01-03.239). 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). Na espécie, trata-se de direito creditório decorrente da retirada do dispositivo do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista", do ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução no 82, do Senado Federal, publicada no DOU de 19/11/1996. Assim, em se tratando de sociedades por ação, 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 do Senado Federal.

LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO -

Relevante para a espécie que o tributo tenha sido recolhido pela requerente e que a cobrança da exação tenha sido dada por indevida, pelo STF, com a confirmação do Senado Federal. Comprovado que o pagamento do tributo se deu em nome da empresa, o que denota ter esta arcado com o ônus do seu recolhimento, e que incidiu sobre o lucro líquido total apurado em 31/12/1989.

Legitimidade reconhecida.

Decadência afastada.



Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169

MF - 2ª CC - 3ª CÂMARA
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 12/12/06
VISTO

Recurso nº 138.919, julgado em 11/11/2004), já votei no sentido de que todos os recolhimentos indevidos poderiam ser repetidos, independentemente da data do recolhimento, contanto que o pedido de restituição ou compensação fosse formulado até cinco anos após a publicação da Resolução do Senado nº 49/95.

Todavia, após estudar melhor a matéria, reformulei o meu entendimento, diferenciando a situação em que a declaração de inconstitucionalidade é proferida em sede do controle concentrado ou abstrato - ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) -, daquela em que a inconstitucionalidade é tratada na via difusa ou incidental.

É que no controle concentrado a instabilidade jurídica decorrente dos efeitos *ex tunc* da decretação de inconstitucionalidade pode ser mitigada pelo STF, como informam os arts. 27 da Lei nº 9.868,² de 10/11/99 (que dispõe sobre a ADI e a ADC) e 11 da Lei nº 9.882,³ de 03/12/99 (que trata da ADPF). Assim, em vez de se permitir a restituição de todos os recolhimentos, por mais antigos que sejam, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

Diferentemente ocorre no controle difuso, em sede do qual inexistente a previsão para restrição quanto aos efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade. A nulidade com efeitos *ex tunc*, inicialmente com validade somente para as partes, após a resolução senatorial são estendidos a todos (efeitos *erga omnes*). Neste caso, manter os efeitos *ex tunc* pode causar enorme insegurança jurídica. Por isto a necessidade de considerar a decadência, com o objetivo de dar eficácia ao princípio da segurança jurídica.

Diferenciadas as duas situações, tem-se que no controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso ou incidental, é função da decadência.

Neste ponto cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal também possui decisões no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme demonstra o RE 57.310-PB, de 09/10/94, *in verbis*:

Recurso Extraordinário não conhecido – A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra – Declarada inválida uma lei tributária, a consequência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas pela prescrição.

(Negrito ausente no original).

Doutrinariamente, ensinamentos constantes da obra Mandado de Segurança, de Hely Lopes Meirelles, Malheiros, 24ª edição, 2002, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, também informam o seguinte, às páginas 373/374:

² Lei nº 9.868/99:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

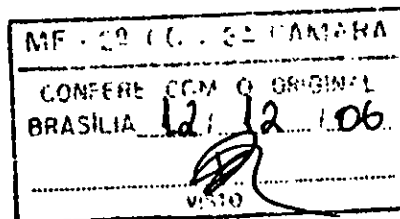
³ Lei nº 9.882/99:

“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



2ª CC-MF
Fl.

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou impugnação.

No caso do PIS, a preclusão para repetição do indébito, regra geral, ocorre cinco anos após a extinção do crédito tributário. Sendo um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o contribuinte se obriga ao recolhimento do tributo antecipadamente, antes do lançamento a cargo da administração tributária, o prazo para a restituição é dado pelo art. 168, I, combinado com o arts. 165, I, e 156, VII, todos do CTN. Ou seja: 05 (cinco) anos, a contar do pagamento indevido.

Referidos artigos estabelecem a regra geral, segundo a qual finda em cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário, o prazo para solicitação de repetição de indébito advinda de pagamento indevido ou a maior. Esse prazo deve imperar inclusive no caso de inconstitucionalidade decretada por meio do controle difuso, de modo a impedir a repetição de valores recolhidos no período anterior ao intervalo dos cinco anos que antecede o pedido.

Somente na hipótese de inconstitucionalidade proferida em sede do controle concentrado, quando o STF pode restringir os efeitos *ex tunc* da nulidade declarada, entendendo deva ser excetuada a regra geral, de forma a permitir a repetição de todo o período, a não ser que o Tribunal diga o contrário.

Quando a inconstitucionalidade for declarada em sede do controle concentrado, e o STF não tiver restringido os seus efeitos *ex tunc*, todos os pagamentos indevidos podem ser restituídos, contanto que o pedido de repetição do indébito seja formulado no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão; quando declarada por meio do controle difuso, como se deu no PIS em questão, somente podem ser repetidos os pagamentos que ocorreram no interstício dos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido, neste caso com obediência aos artigos do CTN, mencionados acima.

Dessarte, no indébito do PIS relativo aos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em que a repetição decorre de inconstitucionalidade declarada em sede de controle difuso (Recurso Extraordinário nº 148.754-2, seguido da Resolução Senatorial nº 49/95), estão atingidos pela decadência do direito à repetição do indébito os recolhimentos efetuados no período anterior aos cinco anos antes da data do pedido.

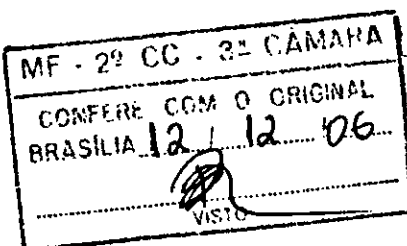
Não me parece a melhor a tese abraçada pelo STJ em inúmeros julgados, segundo a qual na existência de pagamento antecipado (para esse Tribunal quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação) o início do prazo prescricional para a repetição só começa no final dos cinco anos contados 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169



2ª CC-MF
Fl.

seguintes.⁴ 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.

Agora a questão da semestralidade do PIS, nos termos da LC nº 7/70. É matéria já pacífica nesta Terceira Câmara, na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.⁵ Embora pessoalmente entenda descabida a disjunção temporal entre o fato gerador e sua base de cálculo, curvo-me ao entendimento da maioria e voto pela apuração da base de cálculo do PIS com base no faturamento do sexto mês anterior.

O meu entendimento pessoal prende-se à necessidade de fato gerador e base de cálculo deverem estar em consonância, de modo que o aspecto quantitativo confirme o aspecto material da hipótese de incidência. O legislador ordinário, todavia, parece ter desprezado tal necessidade, preferindo dissociar a base de cálculo do PIS do seu fato gerador, fixando este num mês e aquela seis meses antes.

Quanto à alíquota, a ser aplicada em conjunto com a semestralidade, é igual a 0,75%. Como é cediço, a aplicação da LC nº 7/70, antes do início da eficácia da MP nº 1.212, de 28/11/95, afinal convertida na Lei nº 9.715, de 25/11/98, deve-se à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Tal inconstitucionalidade elimina as consequências da aplicação dos Decretos-Leis, com retorno pleno da LC nº 7/70 e alterações posteriores, exceto as dos dois diplomas julgados inconstitucionais. Dentre essas alterações está o aumento da alíquota do PIS para 0,75% a partir do exercício de 1976, na forma da LC nº 17/73.

⁴ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.

⁵ Cf. STJ, Primeira Seção, Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 29/05/2001. Quanto à CSRF, dentre outros, cf. acórdãos nºs CSRF/02-01.570, j. em 27/01/2004, unânime; CSRF/02-01.186, j. em 16/09/2002, unânime; e CSRF/01-04.415, j. em 24/02/2003, maioria.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.014519/98-38
Recurso nº : 132.320
Acórdão nº : 203-11.169

MF - 20 10 - 3ª CAMARA
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 12/12/06
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Assim, os cálculos da compensação pleiteada devem ser feitos com a alíquota de 0,75%, aplicada sobre a base de cálculo do sexto mês anterior ao do fato gerador, sem correção monetária no período dos seis meses. Neste sentido é a jurisprudência dominante deste Conselho de Contribuintes.⁶

Pelo exposto, dou provimento parcial ao Recurso, assegurando a restituição/compensação das parcelas pagas a maior porque de acordo com os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, relativamente aos pagamentos realizados a partir de 30/11/1993, dentre aqueles com as cópias dos DARF colacionadas às fls. 17/36 ou discriminados na planilha de fls. 10/16 (os demais pagamentos estão atingidos pela decadência). Cabe à Secretaria da Receita Federal comprovar os recolhimentos e verificar a certeza e liquidez desses créditos. A compensação deve ser calculada considerando-se a base de cálculo do sexto mês anterior ao do fato gerador, sem correção monetária no período dos seis meses e com aplicação da alíquota de 0,75%. Na correção do indébito devem ser empregados os índices da Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, com juros SELIC a partir de 01/01/96.

Sala das Sessões, em 27 de julho de 2006.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

⁶ Cf. acórdãos nºs 201-77244, j. em 11/09/2003, unanimidade; 203-08.802, j. em 15/04/2003, dentre outros.