



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 12 / 03 / 03
Rubrica

Recorrente : REZENDE E CIA LTDA
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

PIS/PASEP. 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 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, podendo ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos anteriores à data do pedido, caso este seja formulado em tempo hábil.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. VALORES A REPETIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO. Pedido de Restituição deve ser acompanhado da demonstração dos valores pagos a maior ou indevidamente e da comprovação respectiva, de modo a permitir a regular apuração do *quantum* a repetir sem a qual os créditos não podem ser reconhecidos, ainda que o direito se apresente plausível.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **REZENDE E CIA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em negar provimento ao Recurso: I) pelo voto de qualidade, no que decretada a decadência do direito à repetição de indébito, com relação a pagamentos realizados no período anterior a 10/10/1995. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, que votaram pela repetição do indébito, independentemente da data de pagamentos; e II) por unanimidade de votos, quanto às demais matérias.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Bandas de Assis
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Sílvia de Brito Oliveira.

Eaal/Inp

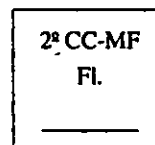
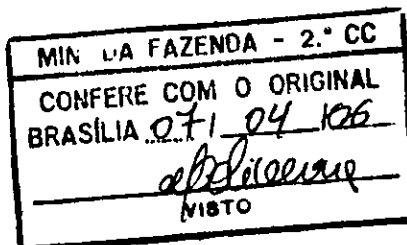
MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 071 04106

VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483



Recorrente : REZENDE E CIA LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição de fls. 01/03, protocolizado em 10/10/2000, relativo a créditos por recolhimentos a maior da Contribuição para o PIS Faturamento, períodos de apuração 07/88 a 12/95, efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Os pagamentos que originaram os créditos estão discriminados na planilha de fls. 04/05, elaborada pela requerente e cujo total é R\$ 176.651,82.

Posteriormente, em 16/04/2001, foi apresentado novo requerimento, de fls. 40/41, no qual a empresa alega injusta tributação sofrida quando da compra de combustíveis, ressaltando que apesar de ser substituída tem o direito líquido e certo de requerer a restituição pleiteada, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (menciona o Recurso Especial nº 142.152/PR, julgado em de 1997). Também afirma que os registros dos recolhimentos relativos ao indébito, bem como os DARF correspondentes, encontram-se todos nas distribuidoras, substitutas tributárias do PIS, e que a Secretaria da Receita Federal tem obrigação de guardar os originais dos DARF e das declarações DIRPJ e DCTF, com registros dos recebimentos.

Ao segundo requerimento anexa os DARF (originais) de fls. 42/54, relativos a recolhimentos sob o código 3885 (PIS Receita Operacional), efetuados entre 24/02/93 e 10/01/95.

O órgão de origem indeferiu o Pedido, nos termos do Parecer de fls. 57/64 e do Despacho Decisório de fl. 65. Reportou-se ao Ato Declaratório SRF nº 96/99 – segundo o qual o prazo para pleitear a restituição em tela é de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário – e traçou longo arrazoado acerca da semestralidade do PIS, reputando-se inaceitável.

A interessada insurge-se contra o indeferimento (fls. 69/82), argumentando em síntese que:

- o prazo para o pedido da repetição em tela só começou a fluir com a publicação da Resolução do Senado nº 49/95, extinguindo-se cinco anos após;

- conforme jurisprudência do STJ e desta Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, o PIS deve ser calculado sobre o valor histórico do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador;

- deveria ter sido orientado a juntar os documentos comprobatórios, reportando-se nesse ponto aos arts. 6º, parágrafo único, 39 e 40 da Lei nº 9.784/99; e

- a distribuidora de combustíveis responsável pelos recolhimentos a maior é a Shell do Brasil, a requerente não tem o poder de exigir dela quaisquer documentos, e por isso reitera sejam trazidas aos autos as cópias em poder da Fazenda Nacional, na forma da Lei nº 9.784/99, arts. 29, 36, 37 e 38.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 07/10/96
<i>albuquerque</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

A DRJ prolatou o Acórdão de fls. 91/102, mantendo o indeferimento do Pedido. Assim como o órgão de origem, também entendeu que o prazo decadencial para a interessada exercer o direito à repetição do indébito iniciou-se na data em que foram feitos os pagamentos de PIS supostamente a maior, e que o comando do parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70 refere-se a prazo para pagamento da obrigação tributária, em vez de à base de cálculo no sexto mês anterior ao do fato gerador.

Consignou que a requerente não trouxe ao processo provas da liquidez e certeza dos seus créditos, não tendo sido possível, igualmente à fiscalização, trazer tais elementos.

Relativamente às observações acerca da substituição tributária pela compra de combustíveis, verificou que os períodos aos quais o pedido de restituição se refere não estão abrangidos pela legislação que instituiu tal tributação. Apenas com o artigo 6º da Medida Provisória nº 1.212, de 28 de novembro de 1995 (convertida na Lei nº 9.715, de 1998), vigente a partir de março de 1996, é que foi introduzida a substituição tributária relativa ao PIS para a compra de combustíveis.

Por fim a primeira instância reporta-se ao art. 69 da Lei nº 9.784/99 – segundo o qual os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos dessa Lei -, aduzindo que cabe ao interessado juntar as comprovações nas quais se baseia, conforme explicitado no artigo 16, inciso III, e § 4º, do Decreto nº 70.235/72. Assim, a requerente deveria ter comprovado as compras do combustível, da retenção efetivada e das vendas efetivamente realizadas.

O Recurso Voluntário de fls. 110/123, tempestivo (fls. 109, verso, e 110), após reiterar argumentos pela aplicação da semestralidade e pela contagem do prazo decadencial a partir da Resolução Senatorial, reafirma existir a substituição tributária alegada, reportando-se ao art. 7º do Decreto nº 2.445/88.

Face à substituição tributária, entende ter legitimidade ativa para pleitear a restituição, mencionando em seu favor dois acórdãos do STJ (Apelação Cível nº 97.04.02488-6/RS e Recurso Especial nº 198.364/RS).

Quanto à comprovação dos valores a restituir, acosta aos autos as cópias dos documentos de arrecadação (DARF e DAR/PIS) de fls. 125/169, referentes a recolhimentos efetuados pela Shell Brasil S/A no período de 20/07/88 a 15/12/95, afirmando não juntar as notas fiscais recebidas da distribuidora porque o volume das mesmas tornaria impraticável a formação do processo. Ressalta, todavia, que referidas notas fiscais estão à disposição do Fisco.

Finaliza requerendo que, se necessário, sejam realizadas diligências junto à própria Secretaria da Receita Federal, ao substituto tributário ou à recorrente, para fins de comprovar o indébito alegado.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 07/10/2000
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

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 são divididas em três, 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; 2) o direito ou não da recorrente à repetição alegada, a par da substituição tributária mencionada e das provas trazidas aos autos; e 3) a semestralidade do PIS.

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.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 10/10/2000, último dia do prazo em questão, 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 da origem do indébito ser 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.

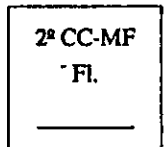
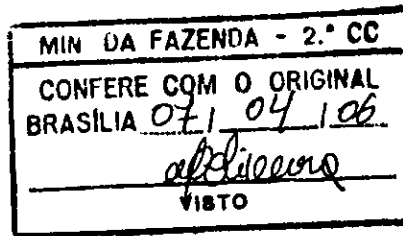
2. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo a quo do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a execução dos Decretos-Lei nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo 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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483



4. *Agravo regimental improvido.*

(Negrito ausente no original).

(STJ, 2ª Turma, AGREsp. 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 porventura recolhidos antes desse interstício, estão atingidos pela decadência.

Escorado em julgamentos do STF (RE nº 136.883/RJ, 2ª Turma), do STJ (REsp. nº 332.368-MG e AGREsp. nº 449.019/PR, ambos da 2ª Turma) e dos Conselhos de Contribuintes (a exemplo do Acórdão nº 106-14325,¹ Recurso nº 138919, julgado em

1

Número do Recurso: 138919 Câmara: SEXTA CÂMARA Número do Processo: 10930.003667/2001-14 Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO Matéria: IR/F/LL 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 - OUTRO 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 07/10/04 106
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF FL.

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.

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.

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

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 07/04/06
<i>afeliceira</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

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. No controle concentrado zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso, 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:

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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 07/04/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
FL.

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 2.4749/88, 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.

Como o pedido em tela foi protocolizado em 10/10/2000, todos os recolhimentos realizados pela própria contribuinte por meio dos DARF de fls. 42/54 (originais), porque realizados antes de 10/10/95 (o mais recente foi efetuado em 10/01/95), não são mais passíveis de restituição ou compensação, face à decadência.

Quanto aos recolhimentos relacionados na planilha de fls. 04/05, somente os quatro últimos, informados como recolhidos em 15/10/95, 15/11/95, 15/12/95 e 15/01/96 é que seriam passíveis, em tese, de repetição de indébito.

A recorrente, todavia, nada comprovou acerca desses pagamentos. No Pedido inicial, às fls. 02/03, nem ao menos informa se o recolhimento fora efetuado por ela própria ou pela distribuidora de combustíveis (afinal o art. 7º do Decreto nº 2.445/88, na redação dada pelo Decreto nº 2.449/88, ao tempo em que estabelece a substituição tributária dos fornecedores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, com relação aos comerciantes varejistas, também determina que os varejistas são obrigados a recolher o PIS sobre a respectiva receita operacional bruta, com exceção do valor da venda dos combustíveis); no aditamento (fls. 40/41) trata da substituição, mas só anexa os DARF próprios enquanto afirma que os registros dos recolhimentos por parte das distribuidoras (não nomina quais), bem com os DARF respectivos, encontram-se todos em poder daquelas, não lhe cabendo “fiscalizar o procedimento de outras empresas.”; na manifestação de inconformidade, à fl. 81, identifica a distribuidora com sendo a Shell do Brasil, mas continua sem apresentar qualquer comprovação de recolhimento por parte daquela; neste Recurso Voluntário, finalmente, a requerente anexa as cópias dos documentos de arrecadação de fls. 125/169, referentes recolhimentos efetuados pela Shell Brasil S/A, mas continua sem demonstrar a relação dos mesmos com a planilha de fls. 04/05.

Dentre os DARF com cópias anexadas a este Recurso, somente três, recolhidos em 13/10/95, 30/11/95 e 15/12/95 (fls. 125/126), é que seriam passíveis de restituição. Isto se a recorrente tivesse demonstrado que esses três DARF têm alguma relação com os valores informados na planilha de fls. 04/05, e com suas aquisições de combustíveis à Shell do Brasil. Para tanto devia ter acostado aos autos documentos fiscais e/ou contábeis



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 07/10/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11012.000104/00-84
Recurso nº : 124.802
Acórdão nº : 203-10.483

relativos às operações de compra do combustível, a exemplo de notas fiscais de compra e demonstrativos contendo os valores retidos pela distribuidora.

Como nada comprovou nesse sentido, apesar das inúmeras oportunidades que teve para fazê-lo, não cabe agora determinar diligência para suprir provas que poderiam e já deveriam ter sido apresentadas. No sentido de que a impugnação (ou a manifestação de inconformidade, na situação dos autos) já deve vir acompanhada com os documentos em que se fundamenta, já dispõem os arts. 15, *caput*, e 16, IV, do Decreto nº 70.235/72. Na situação em tela é incabível invocar-se a Lei nº 8.784/99, com o intuito de atribuir à administração tributária levantar provas que cabiam à requerente apresentar.

Por fim cabe mencionar que, se acaso restasse comprovada a restituição requerida, com relação aos recolhimentos não decaídos a semestralidade seria aplicável, nos termos da Lei Complementar nº 07/70. A matéria já é pacífica nesta Terceira Câmara, na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.⁴ Embora pessoalmente entenda descabida a disjunção temporal entre o fato gerador é 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.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.


EMANUEL CARLOS DAMÁS DE ASSIS

⁴ 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.