



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

Processo nº	11020.002495/2001-89
Recurso nº	130.245 Voluntário
Matéria	PIS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº	203-11.981
Sessão de	29 de março de 2007
Recorrente	UNIVERSUM DO BRASIL INDÚSTRIA MOVELEIRA LTDA.
Recorrida	DRJ em PORTO ALEGRE-RS

MF-Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
de 30 / 03 / 07  
Rubrica

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1996 a 29/02/1996

Ementa: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. PIS/PASEP. PERÍODOS DE APURAÇÃO 10/95 A 02/96. MP Nº 1.212, DE 28/11/95. PAGAMENTOS A MAIOR. ADI Nº 1.417. LIMINAR DEFERIDA EM 07/03/96 E PUBLICADA EM 24/05/96. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO PARA O PEDIDO. CINCO ANOS A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DA LIMINAR. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário relativo a pagamentos a maior do PIS nos períodos de apuração 10/95 a 02/96, realizados de acordo com a MP nº 1.212, de 28/11/95, extingue-se em cinco anos, a contar de 24/05/96, data de publicação da liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.417, julgada em 07/03/96.

Recurso negado.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 06 / 03 / 07  
at  
Márcio C. de Oliveira  
Adv. Cr. nº 91600

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em negar provimento ao recurso, face à decadência, nos seguintes termos: I) pelo voto de qualidade, em acolher a decadência, tendo sido considerada à data de publicação da liminar deferida pelo STF na ADIn nº 1.417, como marco para a contagem inicial do prazo decadencial de cinco anos (24/05/1996). Contra essa tese, em primeira rodada, foram vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho e Antonio Bezerra

Neto que consideravam decaídos os recolhimentos efetuados após 5 (cinco) anos do pagamento indevido. Ainda contra a tese vencedora, em segunda rodada, na qual todos participaram, foram vencidos os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira (Relatora), Cesar Piantavigna, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda que consideravam como marco para a contagem do início do prazo decadencial de cinco anos, a data do trânsito em julgado da decisão do STF (04/04/2001). Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor.


  
ANTONIO BEZERRA NETO

Presidente

  
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator-Designado

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro Valdemar Ludvig .

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, <u>06</u> / <u>07</u> / <u>07</u>	
	
Marildo Cordeiro de Oliveira	
Mat. São Paulo 91630	

## Relatório

Trata-se de pedido de restituição de pagamento efetuado em 15 de março de 1996, relativo aos fatos geradores ocorridos em fevereiro de 1996, a título de contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), formalizado em 14 de novembro de 2001, sob o argumento de que, em virtude da declarada inconstitucionalidade - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1417-0/DF - dos efeitos retroativos previstos no art. 17 da Medida Provisória (MP) n.º 1.212, de 28 de novembro de 1995, e no art. 18 da Lei n.º 9.715, de 25 de novembro de 1998, para alcançar os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995.

A Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul-RS indeferiu o pedido nos termos do Despacho de fls. 71 a 78, ensejando a apresentação de manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre-RS (DRJ/POA), que manteve o indeferimento do pleito, conforme Acórdão de fls. 103 a 109.


A DRJ/POA afirmou ter-se operado a prescrição do direito de pleitear o indébito e, no mérito, esposou o entendimento de que, no período nonagesimal em que a supracitada MP não teve eficácia, o PIS era devido em conformidade com a Lei Complementar n.º 7, de 1970, cabendo à contribuinte comprovar que o pagamento efetuado foi maior que o devido em face dessa Lei Complementar, mas como assim não procedeu faltaria certeza e liquidez do seu alegado direito.

Ciente da decisão da 1ª instância, a interessada interpôs, tempestivamente, o recurso de fls. 112 a 118, para defender, em extenso arrazoado, o prazo decenal para pleitear indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, em virtude de o quinquênio decadencial iniciar-se após a homologação tácita do lançamento.

Ao final, a recorrente solicitou o reconhecimento do seu direito à restituição, *“referente aos indevidos pagamentos a título de COFINS, em virtude da não-dedução da base de cálculo daquelas exações, na época própria, da totalidade das despesas operacionais incorridas em cada mês de competência, decorrentes das atividades da recorrente, bem como seja afastada a possibilidade de decadência dos créditos e não haja incidência de multa moratória, tendo em vista o instituto da denúncia espontânea (...)”*.

É o Relatório.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>06 / 07 / 07</u>
 Marilda Carneiro da Oliveira Mat. S.º 201550

## Voto Vencido

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

De início, registre-se que a inépcia da peça recursal relativamente ao mérito, que, inclusive, somente foi referenciado no pedido final do recurso, aludindo-se, contudo, à base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), enquanto o pedido de restituição trata de PIS.

Destarte, com rigor, o litígio estaria circunscrito apenas à questão do prazo para pleitear a repetição do indébito.

Nessa matéria, deixo de apreciar as arguições relativas ao prazo decenal dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, pois, considerando que o pedido de restituição objeto destes autos fundamenta-se em declaração de inconstitucionalidade de disposição legal, o primeiro ponto a se examinar diz respeito ao termo inicial para a contagem do prazo para repetição de valores relativos a tributo pago com base em legislação declarada inconstitucional, com efeito *erga omnes*, no plano pessoal.


Ora, amparando-se no princípio de que as leis nascem com presunção de constitucionalidade, valores corretamente pagos com base nessas leis que se tornem indevidos ou maiores que o devido em face da legislação tributária aplicável, nos termos do art. 165, inc. I, do CTN, em virtude de controle de constitucionalidade, somente podem ser repetidos após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em ADIn ou após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspenda a execução dessas leis.

Assim, na hipótese de inconstitucionalidade de lei, a data da extinção do crédito tributário não se presta a demarcar a ocorrência de indébito, não podendo, pois, o intérprete prender-se à literalidade do texto do art. 168, inc. I, do CTN, que trata do termo **a quo** para a contagem do prazo prescricional, pois, se assim procedesse, em última análise, terminaria por negar eficácia ao art. 165, inc. I, desse mesmo Código, tendo em vista que o tempo médio de solução das demandas jurídicas, com trânsito em julgado das decisões, sabidamente supera os cinco anos de que trata o inc. I do precitado art. 168.


Dessa forma, não servindo a data do pagamento que se tornou indevido para marco temporal do início da contagem do prazo prescricional, toma o seu lugar, **in casu**, a data do o trânsito em julgado da decisão do STF e o quinquênio que a partir daí se conta é para postulação do direito nascido com a decretação da inconstitucionalidade, direito este que alcança todos os pagamentos comprovadamente efetuados sob a égide da legislação declarada inconstitucional.

É assente que a decretação de inconstitucionalidade, regra geral, produz efeitos **ex tunc** e, por isso, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tratou de facultar ao STF restringir os efeitos, inclusive no plano temporal, da inconstitucionalidade, conforme dicção do art. 27 dessa lei, que assim prescreve:



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 06 / 07 / 07
 Marilene Cursino de Oliveira Mat. Sisp 91650

Brasília, 06 / 07 / 07

  
Marilde Cursino de Oliveira  
Mat. Siope 91650

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.

(Grifou-se)

De se notar, todavia, que, no caso em apreço, não houve essa restrição de efeitos, mesmo porque o precitado diploma legal ainda não se encontrava em vigor.

Dessa forma, sendo **ex tunc** a regra geral para produção dos efeitos da inconstitucionalidade decretada, é de se concluir que todos os pagamentos que se tornaram indevidos são passíveis de repetição, desde que essa repetição seja requerida nos cinco anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão da ADIn.

A tese de que seriam passíveis de repetição apenas os pagamentos efetuados nos últimos cinco anos até a decretação da inconstitucionalidade é fundamentada no princípio da segurança jurídica que, inclusive, norteou a redação do art. 27 supratranscrito. Entretanto, tal tese prestigia a segurança de uma das partes da relação jurídica em detrimento da outra, resguardando precipuamente as finanças do Estado para desprezar a presunção de constitucionalidade das leis, embora essa presunção seja imanente à segurança de todas as relações jurídicas e não só das relações entre os particulares e o Estado.

Concluo, pois, que, uma vez protocolizado o pedido nos cinco anos posteriores ao trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, existindo indébito decorrente dessa declaração relativo a pagamento anteriormente efetuado, não será ele atingido pela decadência.

Destarte, na hipótese destes autos em que o trânsito em julgado da ADIn n.º 1.417 ocorreu em 4 de abril de 2001, deve ser considerado tempestivo o pedido de restituição apresentado até 4 de abril de 2006, **estando, pois, afastada a decadência.**

Quanto ao mérito, não obstante a inépcia da peça recursal, por apreço ao princípio da informalidade do processo administrativo e considerando tratar-se de pagamento indevido, que, quando verificado, deve ser restituído de ofício, passo a sua análise.

Inicialmente, registre-se que é pacífico nesta Câmara que o prazo nonagesimal para observância do princípio da anterioridade na cobrança das contribuições sociais conta-se a partir da publicação da primeira MP que tenha tratado dessa cobrança e, também, que a MP não perde a eficácia se reeditada dentro do seu prazo de validade. Tal entendimento está fundamentado no julgamento do recurso Extraordinário n.º 232.896-PA pelo STF, cujo Acórdão teve a seguinte ementa:

*CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO. I. - Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória. II. - Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov.*



STF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 06 / 07 / 07  
Márcia Rêgo de Oliveira  
Mat. S/ape 91650

1.212, de 28.11.95 " aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18. III. - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. IV. - Precedentes do S.T.F.: ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 15.8.97; ADIn 1.610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2º T., 25.5.98. V. - R.E. conhecido e provido, em parte.

(Grifou-se)

Note-se que, ao contrário do alegado pela instância recorrida, as novas disposições relativas ao PIS foram declaradas inconstitucionais, a partir de outubro de 1995, não por inobservância do prazo nonagesimal, que poderia, sim, e assim o foi, ser contado a partir da veiculação da MP 1.212, de 1995, mas pelos efeitos retroativos que essa MP e, posteriormente, a Lei nº 9.715, de 1998, pretendia imprimir à cobrança para alcançar os fatos geradores desde 1º de outubro de 1995.

Portanto, em face de pronunciamentos do STF sobre a matéria e á vista do art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a incidência da Lei nº 9.715, de 1998, para cobrança do PIS ocorre a partir de 1º de março de 1996, quando se tem por encerrado o interregno de noventa dias contados a partir da MP nº 1.212, de 1995, publicada em 29 de novembro de 1995, e, assim sendo, possíveis indébitos decorrentes da ADIn nº 1.417-0/DF somente poderiam ter ocorrido em relação a fatos geradores do PIS compreendidos no período de 1º de outubro de 1995 até 28 de fevereiro de 1996.

Todavia, pagamentos relativos aos fatos geradores do supracitado período não são, a priori, integralmente indevidos, pois, naquele interregno, não houve o que se denomina **vacatio legis**, ou seja, a inexistência de disposição legal impositiva da exigência da exação em comento, pois a cobrança do PIS era legitimamente feita com base na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e, nesse sentido, correto é o entendimento veiculado no art. 1º, parágrafo único, da Instrução Normativa (IN) SRF nº 6, de 19 de janeiro de 2000.

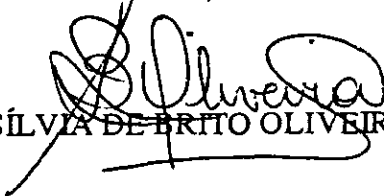
Destarte, até fevereiro de 1996, a contribuição para o PIS era calculada com fulcro na referida Lei Complementar. De se registrar, contudo, que a base de cálculo do PIS, sob a égide da Lei complementar nº 7, de 1970, a teor do disposto no seu art. 6º, parágrafo único, é o faturamento do sexto mês anterior ao mês da ocorrência do fato gerador, sem incidência de correção monetária até a data de vencimento do tributo.

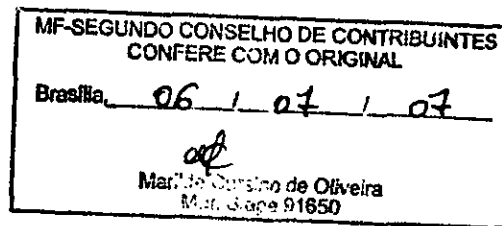
Em face disso, uma vez que se decide aqui sobre o direito, cabendo à unidade de origem, mediante comprovantes apresentados pela recorrente, atestar a certeza e a liquidez do crédito, é de se concluir que pagamentos de PIS relativos aos fatos geradores ocorridos entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996 que excederem o valor apurado pela aplicação da alíquota é 0,75% sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador constituem indébito na parte excedente e devem ser restituídos devidamente atualizados desde o pagamento indevido, nos termos da Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 1997.


Por todo o exposto, voto por afastar a decadência do direito de pleitear a repetição do indébito e, no mérito, **voto pelo provimento parcial do recurso**, para que seja reconhecido o direito creditório em relação à parte do pagamento que exceder o que era devido

a título de PIS em conformidade com a Lei Complementar nº 7, de 1970, observada, inclusive, a semestralidade da base de cálculo.

Sala das Sessões, em 29 de março de 2007

  
SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 06 / 07 / 07
 Marilde Cursino de Oliveira Mat. Sisepe 91650

## Voto Vencedor

### CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, DESIGNADO RELATOR

Dirirjo da ilustre relatora, por interpretar que na situação em tela o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é o dia 24/05/96, **data da publicação da liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.417, vez a data do seu trânsito em julgado.**

Neste julgado o STF, em função da anterioridade nonagesimal inserta no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, por unanimidade de votos concedeu a medida cautelar “para suspender o efeito retroativo imprimido, a cobrança, pelas expressões contidas no art. 17 da M.P. no 1.325-96.”

O referido art. 17 da MP n.º 1.325, 06/02/96, corresponde ao art. 18 da Lei n.º 9.715, de 25/11/98, ambos determinando que as novas disposições referentes ao PIS se aplicavam aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995.

Como a medida cautelar concedida em ação direta de inconstitucionalidade possui eficácia *erga omnes* (neste sentido o art. 11, § 1º, da Lei n.º 9.868, de 10/11/99, que dispõe de forma expressa sobre a eficácia contra todos), desde a data da publicação da liminar concedida na ADI n.º 1.417 restou suspensa a cobrança do PIS com base na MP n.º 1.212/95 e suas reedições, no período anterior a março de 1996. Com isso o direito à repetição do indébito respectivo pôde ser exercido a partir de 24/05/96, data a partir da qual começou a contar o prazo prescricional para a ação judicial, bem como o prazo decadencial para a ação administrativa correlata.

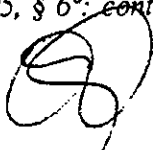
Na apreciação do mérito da ADI n.º 1.417, em 02/08/99 (DJ 23/03/2001), em votação unânime o STF julgou conforme a seguinte ementa, *verbis*:

*Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei n.º 8.715-98.*

(Negrito acrescentado).

Também em 02/08/99 o STF julgou o Recurso Extraordinário n.º 232.896-PA, cuja ementa é a seguinte:

*CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL: MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO. I. - Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º; contagem do prazo de noventa dias,*



*medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória. II. - Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28.11.95 " aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18. III. - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. IV. - Precedentes do S.T.F.: ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 15.8.97; ADIn 1.610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T., 25.5.98. V. - R.E. conhecido e provido, em parte.*

(Negrito acrescentado).

Nos dois julgamentos acima referidos, a aplicabilidade das novas disposições sobre o PIS foi declarada inconstitucional a partir de outubro de 1995 em virtude da retroatividade estabelecida na MP nº 1.212, publicada em 29.11.95, e não porque o prazo nonagesimal deveria ser contado somente a partir da Lei. Como é cediço, o STF sempre admitiu a instituição ou majoração de tributos por meio de medida provisória, com vigência a contar da primeira edição. Esta é a jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal.


A despeito de julgados considerando a reedição de medidas provisórias inconstitucional, o Pleno do STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.533-DF, entendeu ser constitucional a reedição (decisão proferida em 09/12/96, Relator Min. Octávio Galloti). Noutra decisão, datada de 28.01.97 e publicada no DJU de 04.02.97, pgs. 965/967, o Min. Celso de Melo, apesar de pessoalmente contrário à maioria do Tribunal, acatou a tese de constitucionalidade da reedição das medidas provisórias, para indeferir o pedido de suspensão cautelar da eficácia da norma inscrita no art. 6º da MP nº 1.534-1/97.


Em função dos pronunciamentos do STF, e em consonância com o art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a incidência do PIS, na forma da Lei nº 9.715/98, começa em 1º de março de 1996 (noventa dias após a MP nº 1.212, publicada em 29.11.95).

A Secretaria da Receita Federal, em obediência à anterioridade nonagesimal e reportando-se ao Recurso Extraordinário nº 232.896-3-PA (melhor seria ter se referido à medida cautelar ADI nº 1.417, cuja eficácia é *ergma omnes*, diferentemente do julgamento em sede de controle de constitucionalidade difusa, com eficácia restrita às partes), editou a Instrução Normativa SRF nº 6, de 19.02.2000, vedando a constituição de crédito tributário referente ao PIS/PASEP com base nas alterações introduzidas pela MP nº 1.212/95, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, e determinando para o período a aplicação das Leis Complementares nº 7 e 8, de 1970.

Embora a IN SRF nº 6 mencionada só tenha sido editada muito tempo depois da medida cautelar deferida na ADI nº 1.417, é certo que os contribuintes não precisaram esperá-la para ingressar com a ação de repetição de indébito, seja na via judicial, seja na administrativa. Tal ingresso pôde ser feito desde 24/05/96, data de publicação da cautelar mencionada.


No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 14/11/2001, qualquer pagamento realizado antes de 14/11/1996, referente aos



CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	06 / 07 / 07
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. Sigeo 91650	

...F-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 06 / 07 / 07

  
Maria da Cunha de Oliveira  
Mat. São 91650

fatos geradores do PIS compreendidos no período de outubro de 1995 a fevereiro de 1996 (estes os meses passíveis de restituição, não fosse a decadência), já decaíram.

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça interpreta diferente. Passou o Tribunal 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.

Não me parece a melhor tal interpretação, segundo a qual na existência de pagamento antecipado (para o STJ quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação) o início da contagem do prazo prescricional no final dos cinco anos contados a partir do pagamento (ou do fato gerador, no caso da decadência), “duplicando” para 10 anos o intervalo.

Tal exegese considera que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.<sup>1</sup> 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 quádruplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o dies ad quem passa para 10 anos após o fato gerador.

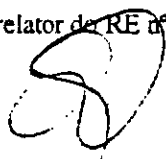
Todavia, se levado em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do 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 a inconstitucionalidade foi reconhecida após os pagamentos.

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 a data do pagamento, que deve ser substituída pela data de publicação da decisão cautelar ou de mérito na ADI (situação em tela, de controle de constitucionalidade concentrado), da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou da publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior aos dois primeiros.

<sup>1</sup> Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator de RE nº 69.308/SP.




Pelo exposto, e em virtude da decadência do direito à repetição do indébito, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 29 de março de 2007.

  
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 06 / 07 / 07

  
Marilda C. de Oliveira  
Mat. S. 91650