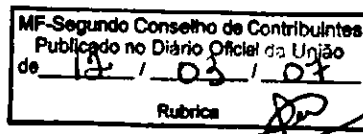




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11618.004008/2001-01
Recurso nº : 126.843
Acórdão nº : 203-10.538



Recorrente : EMPRESA VIAÇÃO BELA VISTA LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

PIS/PASEP. 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. 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 Federal nº 49, publicada em 10/10/1995.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
EMPRESA VIAÇÃO BELA VISTA LTDA.

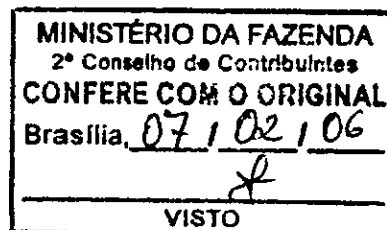
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso face à decadência. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López (Relatora), Cesar Piantavigna e Valdemar Ludvig que afastavam a decadência. Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2005.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, José Adão Vitorino de Moraes (Suplente) e Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Eaal/mdc





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 07/02/06 A VISTO

2º CC-MF Fl. _____

Processo n° : 11618.004008/2001-01
Recurso n° : 126.843
Acórdão n° : 203-10.538

Recorrente : EMPRESA VIAÇÃO BELA VISTA LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição/compensação protocolizado em 31/10/2001, de quantias tidas como pagas indevidamente a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) com referência aos períodos de apuração ocorridos entre outubro de 1991 e setembro de 1995, inclusive, sob a rubrica dos Decretos-Leis n°s 2.445/1988 e 2.449/1988.

Por bem expor a matéria, reproduzo o relatório elaborado pela primeira instância.

Às fls. 01/03, a contribuinte requer a restituição de quantias tidas como pagas indevidamente a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) com referência aos períodos de apuração ocorridos entre outubro de 1991 e setembro de 1995, inclusive, sob o argumento de que os Decretos-Lei n°s 2.445/1988 e 2.449/1988, que impunham a exigência tributária nos valores recolhidos, tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução do Senado Federal n° 49/1995, em vista de terem sido julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Por meio de petição à fl. 04, a contribuinte pleiteia a compensação dos créditos acima requeridos com débitos em aberto parcelados através do REFIS.

Adita que sua solicitação se respalda nos termos do Decreto n° 2.138/1997 e da IN/SRF n° 21/1997.

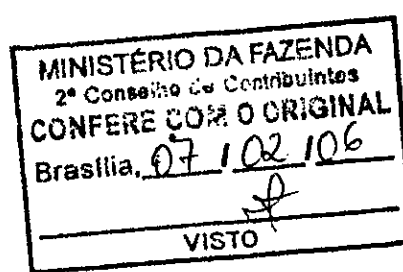
No sentido de justificar sua solicitação, fez anexar à peça inicial Demonstrativo de fls. 05/06 (onde totaliza direito de crédito de R\$ 103.751,43, inclusive correção monetária e juros) e cópias de documentos de arrecadação às fls. 10 a 33.

À fl. 55, consta Despacho Decisório do Delegado-Substituto da Receita Federal em João Pessoa, datado de 13/03/2002, por meio do qual é indeferido o pleito da interessada, de acordo com proposta contida no Parecer n° 92/2002 da Seção de Orientação e Análise Tributária - Saort (fls. 47/54), considerando que, consoante orientação contida no item I do Ato Declaratório SRF n° 96, de 26/11/1999 (transcrição à fl. 53), editado com supedâneo no Parecer PGFN/CAT n° 1.538, de 18/10/1999, o prazo para que o contribuinte possa pleitear restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou a maior, inclusive na hipótese de pagamento efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data de extinção do crédito tributário, nos termos dos arts. 165, I e 168, I da Lei n° 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

Sendo assim, entendeu a citada autoridade administrativa que os recolhimentos tidos como efetuados a maior já haviam sido atingidos pelo instituto da decadência, por ocasião da solicitação de restituição.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 11618.004008/2001-01
Recurso n° : 126.843
Acórdão n° : 203-10.538

Inconformada, a contribuinte apresentou manifestação de fls. 59 a 65, através da qual formula as seguintes alegações.

Inicialmente, afirma que a Seção de Orientação e Análise Tributária da DRF/João Pessoa ignorou solicitação de fls. 01 a 02 e 04, com vistas à compensação de valores pagos indevidamente a título de PIS com débitos parcelados através do REFIS remanescentes em 31/10/2001, ao informar que a conta REFIS em nome da requerente foi rescindida por inadimplência, com efeito de exclusão a partir de 01/02/2002. Em defesa de sua alegação a contribuinte reproduz, à fl. 60, artigo 5º da Resolução CG/REFIS n° 21, de 08/11/2001, estendendo a aplicação da IN/SRF n° 21/1997 e alterações posteriores e da Portaria PGFN/SRF n° 1/99 ao procedimento de compensação de créditos do sujeito passivo com débitos em seu nome constantes do REFIS.

Em seguida, afirma que o Despacho contestado reconhece seu direito à restituição dos valores indevidamente pagos com base nos Decretos-lei n°s 2.445/1988 e 2.449/1988.

Prossegue alegando que a DRF/João Pessoa, ao basear-se no Ato Declaratório n° 96/1999, atropela (sic) julgados do Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente firmou o entendimento de que o prazo de decadência do direito de compensação e/ou restituição é de cinco anos contado da data de homologação do lançamento, perfazendo o total de dez anos em caso de homologação tácita. Adita que o Despacho impugnado, além de contrariar o Código Tributário Nacional, a Lei n° 9.430/95 (sic) e o Decreto n° 2.138/97, está em desacordo com a moderna doutrina e jurisprudência brasileira (reproduz em sua manifestação ementas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Segundo Conselho de Contribuintes, além de pronunciamento de Auditor Fiscal da Receita Federal da DRF/João Pessoa).

Acresce a contribuinte que o Delegado da Receita Federal de Julgamento no Recife adotou o entendimento de que o prazo de decadência das contribuições sociais é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, conforme Decisão DRJ/RCE n° 1.248, de 28/12/93, anexada, por cópia, às fls. 66 a 72.

Diante do que expõe, a contribuinte requer:

- 1) seja reconhecido e assegurado seu direito de compensar os valores pagos indevidamente a título de PIS (acrescidos de correção monetária e juros) com débitos relativos a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal;*
- 2) sejam processados os cálculos dos valores pagos indevidamente, a partir dos documentos de arrecadação com cópias às fls. 10 a 33;*
- 3) após apurados os valores a serem compensados, sejam os mesmos comunicados ao Comitê Gestor do REFIS na DRF/João Pessoa para que se proceda à compensação nos termos do artigo 2º da Resolução CG/REFIS n° 21/2001.*

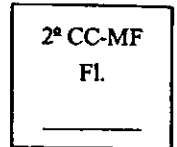
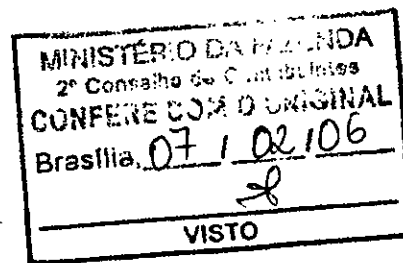
Por meio do Acórdão DRJ/REC n° 7.293, de 20 de fevereiro de 2004, os Membros da 2ª Turma de julgamento, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação de restituição/compensação. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11618.004008/2001-01
Recurso n° : 126.843
Acórdão n° : 203-10.538



Período de apuração: 31/10/1991 a 30/09/1995

Ementa: DELEGACIAS DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO. ATRIBUIÇÃO DOS JULGADORES - O julgador da Delegacia da Receita Federal de Julgamento deve observar o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e aduaneiros.

COMPENSAÇÃO – PRAZO - O direito do sujeito passivo para pleitear compensação entre tributos e/ou contribuições, em vista de pagamento indevido ou a maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data de extinção do crédito tributário.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. - Na hipótese de lançamento por homologação, o crédito tributário, embora sob condição resolutória da ulterior homologação, extingue-se na data do pagamento antecipado.

Solicitação Indeferida.

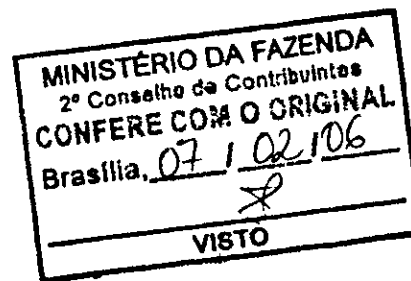
Inconformada com a decisão de primeira instância, a contribuinte apresenta recurso onde reitera os argumentos apresentados em sua impugnação. Traz jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ter o prazo de 10 anos (5+5) para requerer a restituição/compensação dos valores que entende ser devidos. Pede ao final que lhe seja reconhecido e assegurado o direito de proceder à compensação das contribuições pagas indevidamente sob à égide dos Decretos-Leis n°s 2.445/88 e 2.449/88.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11618.004008/2001-01
Recurso nº : 126.843
Acórdão nº : 203-10.538



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
VENCIDA QUANTO À DECADÊNCIA

O Recurso voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

No caso em análise, verifica-se que a decisão recorrida deixou de autorizar a compensação pleiteada por concluir que a contribuinte não era credora da Fazenda Nacional, considerando que, em razão de entendimento contido no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, já havia sido extinto o direito da contribuinte para pleitear os créditos que pretende sejam compensados.

Na verdade, o cerne consiste em se determinar qual é o prazo que o contribuinte possui para pleitear a devolução de quantias pagas indevidamente.

Primeiramente, reconheço existir divergências nesta Câmara proveniente de alterações ocorridas no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Filio-me a atual corrente doutrinária e jurisprudencial dos 10 anos, retroativos ao pedido formulado pela interessada. Admito ter adotado entendimento diverso, com fundamento em uma das correntes do STJ conforme julgamento ocorrido no EREsp. nº 42.720.¹ Nesse julgado, o Ministro Relator, citando Hugo de Brito Machado, argumentou:

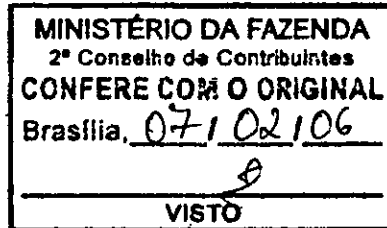
"A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção"

Destarte, no passado, defendi não ser razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. O contribuinte aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. Uma vez que a jurisprudência é mansa e pacífica, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção. Declarada, assim, pelo Superior Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade material da norma legal em que fundada a exigência da natureza tributária, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido."

¹ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/04/1995



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11618.004008/2001-01
Recurso nº : 126.843
Acórdão nº : 203-10.538

Atualmente, revejo a posição adotada no passado, fruto do novo e consolidado entendimento do STJ. No entanto, para melhor reflexão do meu posicionamento atual, peço vênica para trazer aos meus pares, resumo das alterações ocorridas no tempo. Assim, ao longo dos últimos anos, algumas correntes se firmaram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a uniformização da interpretação das leis.

A *primeira corrente*, sustentada por alguns renomados doutrinadores ², afirma que o prazo para se pleitear a repetição do indébito seria de 05 anos contados da extinção do crédito tributário (art. 168 do CTN), no entanto, para esta corrente, a extinção do crédito tributário se daria com o efetivo pagamento.

A *segunda corrente*, ³ sustenta que realmente o termo inicial para contagem do prazo decadencial seria da extinção do crédito tributário. Todavia, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário sempre se dá com a homologação tácita, ou seja, após o decurso de 05 anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Essa segunda corrente ficou conhecida como a "tese dos dez anos", haja vista que a Fazenda Pública nunca homologa expressamente o pagamento efetuado pelo contribuinte. Considerando-se, assim, extinto o crédito tributário cinco anos após ocorrido o seu fato gerador (homologação tácita). Sendo assim, o prazo de cinco anos para exercer o direito de pedir a restituição tem como dies a quo justamente o dies ad quem da Fazenda Pública para homologar o crédito restituendo.

A fiscalização, por seu turno, com fundamento em parte, na minoritária doutrina, procurou fazer prevalecer a chamada "tese dos cinco anos", inclusive para os casos de lançamento por homologação. E, nessa persiste atualmente.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, adotou a tese fazendária, conforme podemos extrair do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PARCELAS INDENIZATÓRIAS - PRESCRIÇÃO - TERMO "A QUO" - PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO.

O prazo prescricional para restituição de parcelas indevidamente cobradas a título de imposto de renda é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, isto é, de cada retenção na fonte. Embargos de divergência acolhidos. (Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. EREsp n. 258.161/DF. 1a. Seção. DJ de 03/09/2001)

Contudo, a jurisprudência do Colendo Tribunal, não se manteve no sentido do acórdão acima, passando a adotar a "tese dos dez anos", conforme exemplo a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL. SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS. IMPROVIMENTO.

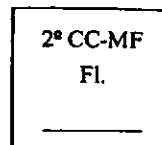
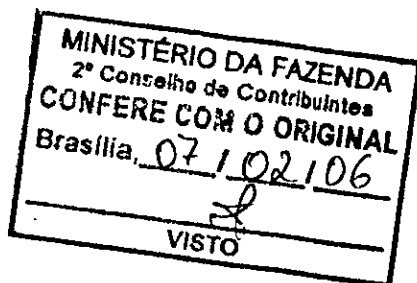
² Alberto Xavier e Marco Aurélio Greco.

³ sustentada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coelho e Paulo de Barros Carvalho.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11618.004008/2001-01
Recurso nº : 126.843
Acórdão nº : 203-10.538



Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se inicia após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos na hipótese de homologação tácita.

Negado seguimento ao recurso especial, porque a tese recursal é contrária à jurisprudência consagrada pelo STJ, se subsiste íntegro tal fundamento, não cabe prover agravo regimental para reformar o decisum impugnado.

Agravo improvido. (AgREsp nº 413943Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 24.06.2002, pág. 00217)

Posteriormente, *uma terceira corrente* surgiu dentro do STJ, fixando novo termo inicial para a ação de repetição do indébito tributário, em casos de controle de constitucionalidade. Por esta corrente, passou-se a adotar o seguinte: i) no caso de tributo declarado inconstitucional via controle difuso (RE), o termo inicial é a data da publicação da resolução do senado retirando a norma do mundo jurídico; ii) no caso de controle concentrado (ADIN), o marco inicial é a data do trânsito em julgado da ação direta. A Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça (No julgamento do EREsp. nº 42.720-5 - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17.04.1995), passou ao entendimento acima exposto.

Nesse entendimento, a inconstitucionalidade declarada pela Excelsa Corte mediante o controle direto ou concentrado tem eficácia *erga omnes*. O controle difuso, no entanto, opera efeitos apenas *inter partes*, mas, uma vez suspensa a eficácia da norma pelo Senado Federal, ocorre a retirada da norma do sistema, produzindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. Para as hipóteses restritas de devolução do tributo indevido, por fulminado de inconstitucionalidade, o dies a quo para a contagem do prazo para repetição do indébito pelo contribuinte deve ser o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, pela Excelsa Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Pela corrente acima, adotada anteriormente pelo STJ, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, seria possível a repetição de todos os valores pagos indevidamente, com efeitos *ex tunc*.⁴ E nesse sentido, a exemplo de várias decisões dos Conselhos de Contribuintes é que reconheço ter me filiado por um longo período.

Todavia, quando o STJ parecia ter encontrado uma solução, adotando conjuntamente a "tese dos dez anos" com a "tese das declarações de inconstitucionalidade", a Primeira Seção do Tribunal, no julgamento do ERESP 435835, decidiu aplicar a regra geral dos "cinco mais cinco" nos casos de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES AUTÔNOMOS E AVULSOS.

⁴ Veja-se RESP 543502/MG, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 20/11/03, DJ DATA: 16/02/2004- Relator- LUIZ FUX.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11618.004008/2001-01
Recurso n° : 126.843
Acórdão n° : 203-10.538



2º CC-MF
Fl.

RESTITUIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475 DO CPC. SÚMULA N. 284/STF.

1. *A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.*
2. *"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ).*
3. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente não demonstra as razões pela qual o dispositivo legal mencionado foi contrariado.*
4. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (RESP 659418/RS, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data do Julgamento 16/09/2004, DJ 25/10/2004).*

E, nesse entendimento de se adotar uma única regra, vem se posicionando atualmente o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a jurisprudência anterior, firmada no final de 2003, admitia a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) ou a partir de resolução editada pelo Senado Federal. Esse posicionamento, no entanto, segundo palavras do Ministro João Otávio de Noronha, gerava embaraço e desconforto nos julgamentos, razão pela qual a maioria dos ministros resolveu revisar o posicionamento a favor da tese dos "cinco mais cinco". A adoção da regra geral dos "cinco mais cinco", segundo o eminente ministro, visa conferir mais segurança à prática tributária.

Essa tese, sem dúvida, é menos suscetível às inseguranças do mundo jurídico e é o que melhor se harmoniza com o perfil dúplice do controle judicial de constitucionalidade das normas, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. De fato, os contribuintes não podem ficar à espera de que uma eventual resolução do Senado seja publicada, resolução esta que sequer poderá acontecer. Ademais, permitir que uma decisão *inter partes* passe a repercutir de maneira geral é o mesmo que estender o limite da coisa julgada para além dos quadrantes do processo, para atingir a esfera de interesses de quem não foi parte na relação processual. Ao se admitir tal possibilidade, estar-se-ia desnaturando a clássica distinção entre o controle de constitucionalidade por via da ação e o controle por via de exceção, aproximando-se os seus efeitos.

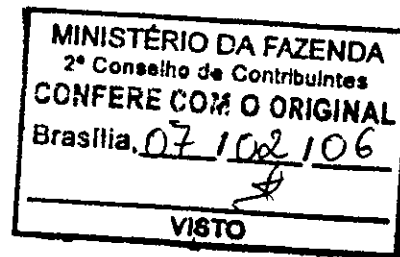
Finalmente, em tempo, oportuno registrar o disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005⁵. Sobre a matéria, segundo noticiam os Embargos de Declaração

⁵ "Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11618.004008/2001-01
Recurso nº : 126.843
Acórdão nº : 203-10.538



327.043/DF, a nova regra - de cinco anos contados a partir do pagamento indevido, introduzida pela Lei Complementar, aplica-se somente aos pedidos administrativos ou ações judiciais protocoladas ou ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005. Antes do pedido, vale a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, geral de 10 anos.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que o pedido foi formulado em 31/10/2001, relativo aos períodos de nov/91 a out/95, manifesto o meu voto no sentido de afastar a decadência.

Dessa forma, superada a decadência, impõe-se o deferimento do pedido de restituição de PIS/compensação, de importância recolhida a maior pelos famigerados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, quando recalculado mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 7/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo. Créditos estes a serem atualizados com base nos índices constantes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27/06/97 e SELIC. Ressalva-se que essa restituição e ou compensação fica condicionada à existência de documentação comprobatória da legitimidade de tais créditos, calculados nas alíquotas determinadas nos atos normativos.

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2005.

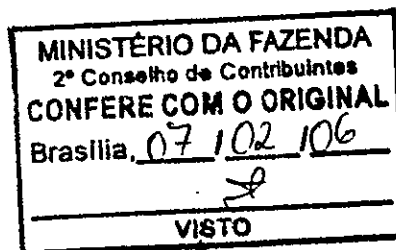

MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11618.004008/2001-01
Recurso n° : 126.843
Acórdão n° : 203-10.538



VOTO DO CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
DESIGNADO QUANTO À DECADÊNCIA

Reporto-me ao voto da admirada relatora, para dela divergir por entender que o pedido da repetição do indébito oriundo de pagamentos realizados com base nos Decretos-Leis n°s 2.445/88 e 2.449/88 deve ser protocolizado até 10/10/2000, data após a qual se extingue o direito, face à decadência.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo que o prazo para requerer a repetição do indébito em questão é de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução do Senado n° 49, publicada em 10/10/1995. 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, se fosse o caso (isto é, se o Pedido tivesse sido formulado em tempo hábil), abrangeria somente os cinco anos anteriores à data do pedido.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 31/10/2001, já ocorreu a prescrição da ação judicial para repetir o indébito, bem como a decadência para o 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 Superior Tribunal de Justiça 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 N° 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 n° 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.

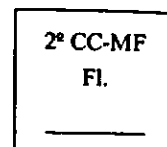
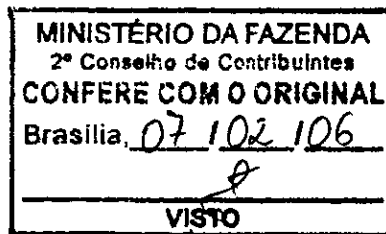
(Negrito ausente no original).

(STJ, 2ª Turma, AGREsp. n° 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, Julgado à unanimidade em 20/05/03, DJU de 09/06/03);



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11618.004008/2001-01
Recurso n° : 126.843
Acórdão n° : 203-10.538



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 seguintes. 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.

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 superveniente aos pagamentos.

Por se tratar de inconstitucionalidade decretada em controle difuso, não considero que a contagem começa a contar de 04/03/94, data da publicação do Recurso Extraordinário n° 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.

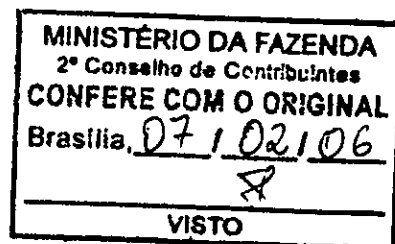
Como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), descabe, *data venia*, considerar aquela data (04/03/94).

Tampouco considero o início do prazo para solicitação da restituição ou compensação na data da publicação da MP n° 1.110, de 31/08/95 - cujo art. 17, VIII, dispensou a



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11618.004008/2001-01
Recurso nº : 126.843
Acórdão nº : 203-10.538



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.

Destarte, na situação em tela, em que o Pedido de Restituição foi formulado após 10/10/2000, ou seja, depois de cinco anos da Resolução do Senado Federal nº 49, publicada em 10/10/95, estão atingidos pela decadência todos os valores porventura pagos indevidamente.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2005.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASIS