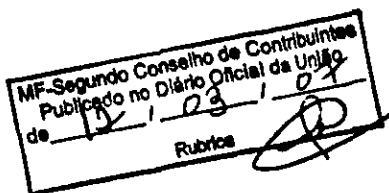




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13055.000212/2001-92
Recurso nº : 127.585
Acórdão nº : 203-10.716



Recorrente : JM SCHNEIDER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

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 nº 49, publicada em 10/10/1995.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **JM SCHNEIDER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, face à decadência. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, que afastavam a decadência pela tese dos dez anos.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2006.

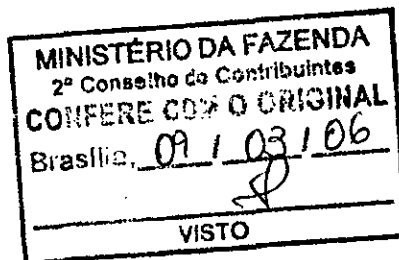
Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e José Adão Vitorino de Moraes (Suplente).

Ausente, justificadamente, a Conselheira Sílvia de Brito Oliveira.

Eaal/inp





Processo nº : 13055.000212/2001-92
Recurso nº : 127.585
Acórdão nº : 203-10.716

Recorrente : JM SCHNEIDER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição de fl. 01, protocolizado em 14/09/2001, 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 a planilha de fl. 15 o valor do indébito soma R\$ 12.666,65, e os recolhimentos foram realizados entre 10/03/1992 e 15/12/1996, pela matriz.

As fls. 16/22 contêm originais de DARF relativos ao indébito pretendido.

O órgão de origem indeferiu o Pedido, nos termos do Despacho Decisório de fls. 24/27. Reportando-se aos arts. 165, I, 168, I, e 156, I, do CTN, e ao Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 – segundo o qual o prazo para pleitear a restituição em tela é de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário –, julgou extinto o direito à restituição pleiteada.

A interessada insurgiu-se contra o indeferimento (fls. 29/33), argumentando em síntese que, a teor do disposto no parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70, a base de cálculo do PIS é o sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, e que o prazo de cinco anos para a repetição do indébito só começa a fluir da homologação do pagamento antecipado, consoante a doutrina de Paulo de Barros Carvalho e a jurisprudência do STJ.

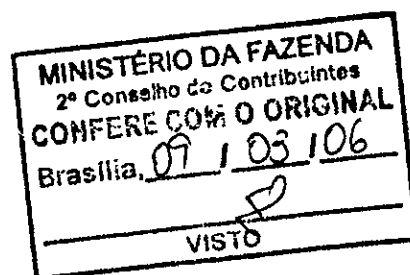
A DRJ prolatou o Acórdão de fls. 36/43, mantendo o indeferimento do Pedido.

Referendou a interpretação do órgão de origem, quanto ao prazo para pleitear a restituição e à questão da semestralidade.

Ao final ainda considerou que a interessada não trouxe qualquer elemento contábil para comprovar a base de cálculo de qualquer dos períodos, sendo insuficientes os elementos trazidos originalmente porque só comprovariam a efetivação dos pagamentos, mas não a base de cálculo correta pelo ordenamento da Lei Complementar nº 07, de 1970.

O Recurso Voluntário de fls. 45/56, tempestivo (fls. 44 e 45), reitera as alegações da manifestação de inconformidade e refuta a decisão recorrida, acrescentando que as guias de pagamento e a memória de cálculo contidas no Pedido são suficientes para comprovar a liquidez e certeza do indébito.

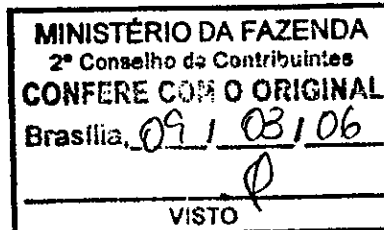
É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13055.000212/2001-92
Recurso nº : 127.585
Acórdão nº : 203-10.716



2º 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.

A questão a tratar diz respeito ao prazo para o pedido da repetição do indébito, oriundo de pagamentos a maior com base nos malsinados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88.

Como demonstrado adiante, entendo que o pedido para a repetição do PIS recolhido com base nos Decretos-Leis nºs 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. Como na situação dos autos o Pedido foi protocolizado em 14/09/2001, todos os pagamentos foram atingidos pela decadência.

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 10/10/1995. 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 14/09/2001, 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 Nº 7/70. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

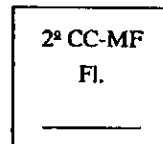
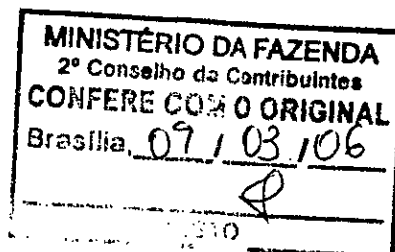
1. Não cabe a este Tribunal proceder ao exame de violações à Constituição pela via estreita do recurso especial.

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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13055.000212/2001-92
Recurso nº : 127.585
Acórdão nº : 203-10.716



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 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.¹ 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.

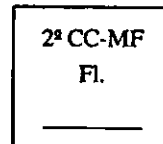
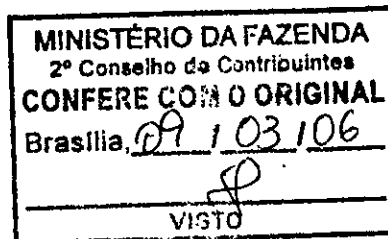
Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar 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 tratar-se de inconstitucionalidade decretada em controle difuso, não considero que a contagem começa a contar de 04/03/94, data da publicação do Recurso Extraordinário nº

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13055.000212/2001-92
Recurso nº : 127.585
Acórdão nº : 203-10.716

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).

Também não 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.

Destarte, na situação em tela, em que o Pedido de Restituição foi formulado após 14/09/2001, ou seja, depois de cinco anos da Resolução do Senado 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 26 de janeiro de 2006.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS