



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13603.000075/2005-66
Recurso nº 232.789 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.595 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2010
Matéria DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.
Recorrente REAUTO REPRESENTAÇÃO DE AUTOMÓVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/1995 a 28/02/1996

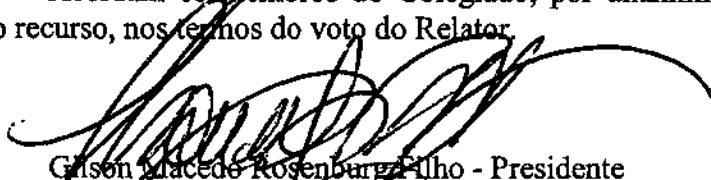
NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.

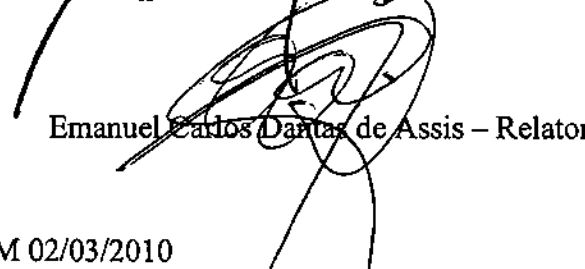
Nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 1º, do CTN, o direito de pleitear a repetição de indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior extingue-se em cinco anos, a contar do pagamento.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis – Relator

EDITADO EM 02/03/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente), Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da 1ª Turma da DRJ, que mantendo decisão de origem interpretou que o direito de pleitear restituição do PIS extingue-se em cinco anos, contados do pagamento.

Conforme a fl. 03, os recolhimentos aos quais se refere o indébito alegado foram efetuados entre 14/11/1995 e 15/03/1996 e correspondem aos períodos de apuração de 11/1995 a 02/1996.

Na origem, o Pedido de Restituição de fl. 01, protocolizado em 13/01/2005 e seguido de diversas Declaração de Compensação transmitidas entre 14/01/2005 e 04/07/2005 (ver relação nas fls. 41/42), foi indeferido em face da decadência.

Na peça recursal a empresa contesta o prazo extintivo decretado na origem e mantido na DRJ, arguindo, em síntese, que o intervalo de tempo para repetir o indébito só se inicia após decorridos cinco anos do fato gerador, quando ocorre a homologação tácita, devendo ser acrescido de mais cinco (tese dos cinco mais cinco, adotada pelo STJ).

Indo além da decadência, trata da MP nº 1.212/95 e, levando em conta a inconstitucionalidade do art. 18, *in fine*, da Lei nº 9.715/98, afirma “durante a *vacio legis* que foi originada pela aplicação do princípio da noventena sobre a MP 1212/95, permitiu que os contribuintes deixassem de recolher o PIS na medida em que não existia qualquer diploma legal que produzisse efeitos durante o período de 10/95 a 02/96.” (fl. 115).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende a todos os requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

A Recorrente argúi que para nos períodos de apuração em litígio - de 10/1995 a 02/1996 – o PIS não seria devido, por não existir diploma legal a sustentar a exação. Todavia, não lhe assiste razão: primeiro, em face da decadência, e segundo, porque no período mencionado a Contribuição é devida nos termos LC nº 7/70.

A inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 retirou os efeitos das modificações introduzidas por estes dois diplomas legais na Lei Complementar nº 07/70, de modo que é com base nesta que o PIS é exigido. Assim acontece porque, em obediência à anterioridade nonagesimal estatuída no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, antes de março de 1996 o PIS não pode ser exigido com base na MP nº 1.212, já que sua publicação deu em 29/11/1995. Daí que, quando a Contribuição foi recolhida com base na

referida MP até o período de apuração 02/1996, o que ultrapassar o devido conforme a LC nº 7/70 constitui pagamento a maior, passível de restituição e compensação se o pedido for feito no prazo decadencial.

Na situação dos autos, todavia, a empresa não cogita de pagamento eventualmente a maior (além do devido conforme a LC nº 7/70). Simplesmente entende não ter havido fatos geradores nos meses de 10/1995 a 02/1996, pretendendo por isso restituir todos os valores correspondentes ao período.

Como já antecipado, não cabe dar razão porque, independentemente do mérito, os pagamentos em questão, por terem sido efetuados entre 14/11/1995 e 15/03/1996, estão decaídos.

Na situação dos autos, de pagamento supostamente indevido, o prazo decadencial é de cinco anos, contado de cada recolhimento. Tendo o Pedido de Restituição sido protocolizado em 11/11/2005, os pagamentos realizados antes de 11/11/1999 não mais podem ser restituídos.

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 de a origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.

Contudo, não me parece a melhor a tese abraçada pelo STJ em inúmeros julgados, segundo a qual a contagem do prazo prescricional começa no final dos cinco anos contados a partir do pagamento antecipado (para esse Tribunal quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação), “duplicando” para 10 anos o intervalo.

Tal interpretação considera 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 ou decadencial 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 aconteça 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

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

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 hipótese de inconstitucionalidade 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), na situação de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos descabe, *data venia*, considerar a data de cada recolhimento indevido, que deve ser substituída pela data de publicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade), da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou da publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior aos dois primeiros.

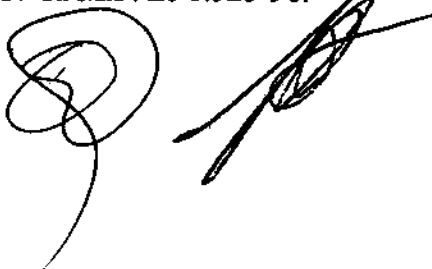
Não sendo a situação dos autos decorrente de inconstitucionalidade, mas de pagamento indevido, realizado a maior perante a legislação de regência (a Recorrente defende a inexistência de fatos geradores no período, cabe ressaltar), o termo inicial do prazo decadencial é a data do pagamento.

Outrossim, caso a Recorrente pretendesse reaver a diferença entre o recolhimento conforme a MP nº 1.212/95 e a LC nº 7/70 (ressalto que a pretensão não é essa, pois a empresa entende não ter havido fatos geradores nos meses de 10/1995 a 02/1996 e por isso requer a restituição do total recolhido nesses períodos), de todo modo também teria ocorrido a decadência.

O PIS é devido nos termos LC nº 7/70 nos meses mencionados porque, por um lado, a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 retira os efeitos das modificações introduzidas por estes dois diplomas legais na Lei Complementar instituidora da Contribuição, e por outro a MP nº 1.212/95 ainda não podia ser aplicada em obediência à anterioridade nonagesimal.

A MP nº 1.212/95, convertida após reedições na Lei nº 9.715/98, passou a ter eficácia para os fatos geradores ocorridos de março de 1996 em diante. Daí que, se a Contribuição foi recolhida com base na referida MP até o período de apuração 02/1996, o que ultrapassar o devido conforme a LC nº 7/70 constitui pagamento a maior, passível de restituição e compensação se o pedido for feito no prazo decadencial.

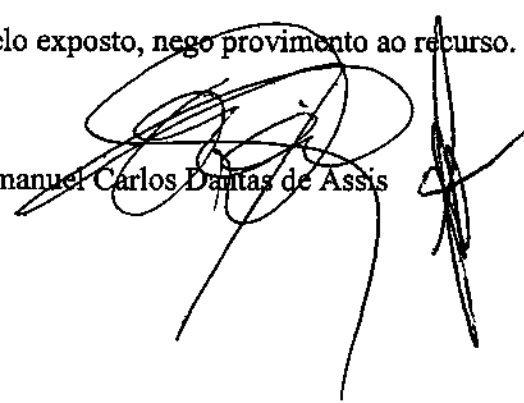
Na situação dos autos, em que o Pedido de Restituição foi protocolizado em 13/01/2005 e os recolhimentos foram efetuados entre 14/11/1995 e 15/03/1996, eventuais recolhimentos a maior dos períodos de apuração até 02/1996 estão decaídos porque o prazo para requerer a repetição do indébito correspondente é de cinco anos, contados a partir de 24/05/96, data de publicação da liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.417. Nesse 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 nº 1.325, 06/02/96, corresponde ao art. 18 da Lei nº 9.715, de 25/11/98, ambos determinando que as novas disposições referentes ao PIS aplicavam-se 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 nº 9.868, de 10/11/99, que dispõe de forma expressa sobre tal eficácia contra todos), desde a data da publicação da liminar concedida na ADI nº 1.417 restou suspensa a cobrança do PIS com base na MP nº 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.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.


Emanuel Carlos Dantas de Assis