



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De <u>16</u> / <u>12</u> / <u>05</u>
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

Recorrente : MAXIVENDAS S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

PIS. PRESCRIÇÃO.

O direito de compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente pelos contribuintes, quando se tratar de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, extingue-se após o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do recolhimento indevido ou a maior do que o devido.

SEMESTRALIDADE.

Até fevereiro de 1996, a base de cálculo do PIS, nos termos do parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária até a data do respectivo vencimento (Primeira Seção do STJ - REsp nº 144.708-RS - e CSRF), sendo a alíquota de 0,75%.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MAXIVENDAS S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, considerando prescrito o prazo para restituição.** Vencidos os Conselheiros Gustavo Vieira de Melo Monteiro (Relator), Antonio Mario de Abreu Pinto e Rogério Gustavo Dreyer. A Conselheira Josefa Maria Coelho Marques votou pelas conclusões, embora por fundamento diverso. Designado o Conselheiro José Antônio Francisco para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 15 de março de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Jose Antônio Francisco
Relator-Designado

MIN. DA FAZENDA - 100
CONFERE C/ O CONS. M. AL
BRASÍLIA 30/05/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva e Maurício Taveira e Silva.

Ausente a Conselheira Cláudia de Souza Arzua (Suplente convocada).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

Recorrente : MAXIVENDAS S/A

MIN DA FAZENDA	REC
COMARCA DE S. J. RIO PRETO	
DATA 30/05/05	05
X	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra r. Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, o qual inacolheu a reclamação contra o Despacho Decisório da DRF no Rio de Janeiro - RJ, mantendo o indeferimento do pedido de restituição formulado pela contribuinte.

No referido requerimento de fl. 01, protocolizado em 14/05/2001, a contribuinte solicita a restituição/compensação de R\$ 103.694,48, referente a valores que teriam sido recolhidos indevidamente a título de contribuição para o PIS/Pasep nos períodos de apuração de 01/10/1995 a 29/02/1996.

A causa informada pela contribuinte no pedido supramencionado seria a declaração de inconstitucionalidade do art. 15, *in fine*, da MP nº 1.212/95 e reedições, e do art. 18, *in fine*, da Lei nº 9715/98, que previa a aplicação da referida norma para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/10/1995, que passou a viger somente a partir do mês de 03/1996, sendo, portanto, indevidos os recolhimentos efetuados com base na citada legislação nos períodos de apuração de 01/10/1995 a 29/02/1996.

Mediante o Despacho Decisório de fl. 79, o pedido foi indeferido pela DERAT/RJO, sob o fundamento de que já teria transcorrido o prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário quando da protocolização do requerimento de fl. 01, estando extinto o direito de pleitear a restituição em questão.

Cientificada em 19/06/2001 (fls. 80/82), a interessada, inconformada, ingressou, em 27/06/2001, com a manifestação de inconformidade de fls. 83/85, na qual, em resumo, alega que a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, resultando num prazo decadencial de 10 (dez) anos: 05 para a homologação tácita e mais 05 para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido, conforme os arts. 150, §§ 1º e 4º, e 168, I, do CTN, doutrina dominante e decisões do STJ e deste Conselho de Contribuintes, requerendo, ao final, que fosse conhecida e provida a manifestação de inconformidade apresentada, determinando-se a restituição pleiteada.

A referida decisão foi mantida pela DRJ no Rio de Janeiro - RJ, sob os auspícios de que o direito de pleitear a restituição/compensação de tributo ou contribuição desaparece em 5 (cinco) anos contados da extinção do crédito tributário.

Irresignada, a requerente interpôs o presente recurso, onde repisa seus argumentos anteriormente expendidos.

É o relatório.



Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

30 05 05

k
VIS/0

2º CC-MF
FL.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
GUSTAVO VIEIRA DE MELO MONTEIRO
(VENCIDO QUANTO À PRESCRIÇÃO)

Inicialmente cumpre analisar a questão do prazo de prescrição do direito de o contribuinte solicitar a restituição e/ou compensação de valores pagos indevidamente a título de contribuição para o PIS.

Após o pronunciamento da Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tenho me posicionado neste Conselho de Contribuintes no sentido de que o direito de compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente pelos contribuintes, quando se tratar de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não havendo homologação expressa pela autoridade, extingue-se após o decurso do prazo de cinco anos, a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da data da homologação tácita do lançamento (CTN, art.150, § 4º).

Nesse sentido vale transcrever recente aresto da Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹ ², firmando seu entendimento acerca da questão, órgão ao qual compete a última palavra sobre a matéria em discussão. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEIS NOS 7.787/89 E 8.212/91. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de constitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

3. A ação foi ajuizada em 27/09/2000. Valores recolhidos, a título da exação discutida, entre 09/90 e 04/95. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 09/1990) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez)

CRW *SM*

¹ EREsp nº 503.332/PR; EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 2004/0059938-5

² "Não tendo havido a homologação expressa, a que está sujeito o lançamento do FINSOCIAL, a extinção do direito de pleitear a restituição ocorrerá após 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais 05 (cinco) anos, contados da homologação tácita". REsp nº 107875/RS, Rel. Min. Peçanha Martins.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

MINISTÉRIO DA FAZENDA - RJ	2º CC-MF
CONSELHO CONSULTIVO	FL.
DATA: 30/05/05	
VISTO	

2º CC-MF
FL.

anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

4. Precedentes desta Corte Superior.

5. Embargos de divergência acolhidos."

De tudo resulta que os recolhimentos efetuados a título da aludida contribuição social em questão, tributo sujeito ao lançamento por homologação, foram efetuados entre os meses de julho e outubro de 1995 e fevereiro de 1996, tendo sido protocolizado o pedido de restituição em 14/05/01, restando evidente que não transcorreu, entre o prazo do recolhimento mais remoto e o protocolo do pedido de compensação junto à DRF no Rio de Janeiro- RJ o prazo superior a 10 (dez) anos, já que inexiste homologação expressa por parte do Fisco.

Em tempo, registre-se que não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de constitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado Federal. Sendo a pretensão formulada no prazo concebido pela jurisprudência da Seção do Egrégio STJ, é certo que não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência, impondo-se a aplicação do prazo prescricional nos moldes em que restou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em remate, consoante entendimento do STF e da própria Administração Tributária, até o fato gerador de fevereiro de 1996, inclusive, a lei impositiva a ser utilizada na exação do PIS é a Lei Complementar nº 7/70. Assim, como nestes autos os períodos em questão reportam-se a fatos geradores ocorridos entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, impõe-se a observância estrita da forma de cálculo do PIS ditada pela LC nº 7/70.

Não é demais lembrar os ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho, citado em acórdão desta Primeira Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, cuja relatoria coube ao preclaro Conselheiro Jorge Freire³, oportunidade em que concluiu que a base de cálculo do PIS, até 28 de fevereiro de 1996, era, de fato, o faturamento do sexto mês anterior ao do fato jurídico tributário, sem aplicação de qualquer índice de correção monetária, nos termos do art. 6º, *caput*, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, *verbis*:

"Trata-se de ficção jurídica construída pelo legislador complementar, no exercício de sua competência impositiva, mas que não afronta os princípios constitucionais que tolhem a iniciativa legislativa, pois o factum colhido pelos enunciados da base de cálculo coincide com a porção recolhida pelas proposições da hipótese tributária, de sorte que a base imponível confirma o suposto normativo, mantendo a integridade lógico-semântica da regra-matriz de incidência."

Estreme de dúvidas, portanto, que para os fatos geradores ocorridos até fevereiro de 1996 (conforme dispõe a IN SRF nº 006, de 19 de janeiro de 2000, no parágrafo único do art. 1º, com base no decidido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 232.896-3-PA), quando o PIS era calculado com base na Lei Complementar nº 7/70, é de ser dado provimento ao recurso para que sejam apurados os créditos do contribuinte segundo a sistemática que considera como base de cálculo da contribuição o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária, dentro dos prazos de recolhimento estipulados pela legislação de regência no momento da ocorrência da hipótese de incidência.

AM *JFM*

³ Acórdão nº 201-77.341.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

30	05	05
k		
VISTO		

2º CC-MF
Fl.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para determinar que seja apurada a existência dos créditos alegados pela contribuinte, estes decorrentes dos recolhimentos havidos entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, segundo fixado pela Lei Complementar nº 7/70, ou seja, na alíquota de 0,75% aplicada sob o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária até a data do respectivo vencimento, autorizando, por conseguinte, a restituição/compensação pleiteada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 15 de março de 2005.

GUSTAVO VIEIRA DE MELO MONTEIRO

gvm



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

MIR	10/05/2001	- 2º CC
CONF.	30/05/2001	06/06/2001
BRA	30/05/2001	10/06/2001
k		
VISTO		

2º CC-MF
FL.

VOTO DO CONSELHEIRO
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO
(DESIGNADO QUANTO À PRESCRIÇÃO)

Divirjo do Relator em relação à prescrição.

Inicialmente, cabe esclarecer que não se trata de recolhimentos efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, e sim efetuados com base na MP nº 1.212, de 1995, cuja parte final do art. 15 foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalto que a questão da anterioridade nonagesimal não foi tratada em ADIn, nem foi objeto de resolução do Senado Federal, razão pela qual não se aplicaria ao caso o entendimento de que o prazo somente começaria a correr a partir da data de publicação do acórdão (em ação direta) ou de resolução do Senado Federal.

Segundo o STJ, o prazo previsto no art. 168 do CTN é prazo de prescrição, que somente tem início com a homologação tácita ou expressa, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

A respeito do prazo previsto no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, a opinião da doutrina se divide, em relação à sua natureza.

No livro “Repetição do indébito e compensação no direito tributário” (MACHADO, Hugo de Brito, coord. São Paulo: Dialética, Fortaleza: Icet, 1999), Hugo de Brito Machado reuniu 21 dos mais renomados tributaristas do Brasil para tratar de matérias por ele propostas, relativamente à repetição de indébito e à compensação, que resultou nos 19 trabalhos publicados no livro.

Relativamente ao prazo do art. 168, I, do CTN, no item 2.2 do questionário formulado pelo insigne jurista, perguntou-se se tratava de prazo de decadência ou de prescrição, que resumiu as opiniões dos vários autores (*opus cit.*, p. 23):

“Quanto à natureza do prazo para pedido de restituição, menores não são as divergências. Que se trata de prescrição, afirmam Paulo Roberto de Oliveira Lima, Hugo de Brito Machado Segundo, Paulo de Tarso Vieira Ramos, Dejalma de Campos, e Aroaldo Gomes de Mattos. Carlos Vaz, Vittorio Cassone e Oswaldo Othon, todavia, afirmam tratar-se de decadência.”

Em sua obra “Decadência e prescrição no direito tributário” (Max Limonad. São Paulo: 2000), Eurico Marcos Diniz de Santi afirma tratar-se de decadência (p. 254) e de prescrição (p. 259).

Luciano Amaro diz o seguinte (Direito tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 398-9):

“Esse prazo é para o solvens pleitear a restituição na esfera administrativa, junto ao próprio accipiens, ou na esfera judicial.

Alguns acórdãos do antigo Tribunal Federal de Recursos suscitaram a questão de saber se, antes do ingresso em juízo, o solvens, necessariamente, teria de esgotar as vias administrativas. Em estudo anterior, pretendemos ter demonstrado que a discussão



Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

REC	CC	DATA	30.05.05
		K	VISTO

2º CC-MF
FI.

através de processo administrativo é opção do solvens; somente nos casos em que fique demonstrada a inexistência de lide (vale dizer, situações em que o Fisco não oponha nenhum tipo de resistência nem de questionamento ao direito do solvens) é que se poderá discutir a legitimidade do ingresso em juízo, mas, aí, o problema é de condição da ação (interesse de agir) e não o do suscitado exaurimento das vias administrativas.

Caso opte pelo procedimento administrativo e não tenha sucesso, o solvens terá mais dois anos para ingressar em juízo, após a decisão administrativa denegatória de seu pedido.

Mais uma vez aqui o legislador ficou impressionado com os aspectos periféricos da decadência e da prescrição, e, aparentemente, deu ao prazo de cinco anos a natureza decadencial, e ao de dois anos o caráter prescricional. Não vemos razão para isso. Não há motivo lógico ou jurídico para a diversidade de tratamento. De resto, já vimos anteriormente que o elemento distintivo dos casos de prescrição e de decadência deve ser a natureza do direito, e não os detalhes formais com que este possa estar guarnecido."

É preciso, como ressaltado por Luciano Amaro, estabelecer a distinção entre decadência e prescrição, segundo a natureza do direito envolvido.

Agnello Amorim Filho, professor da Universidade Federal da Paraíba, em artigo publicado na Revista Forense^{4,5}, buscando conceitos delineados por Chiovenda e Pontes de Miranda, debruçou-se num trabalho metódico para estabelecer a distinção entre prescrição e decadência e identificar as ações imprescritíveis.

São conceitos definidos por Chiovenda que dão todo o respaldo para uma distinção verdadeiramente científica entre decadência e prescrição, e que permitirão uma análise mais precisa da natureza do prazo para repetição de indébito tributário.

Segundo Chiovenda⁶, há duas categorias de direitos subjetivos: os direitos a uma prestação e os direitos potestativos (primeiro conceito).

Os direitos a uma prestação, para serem satisfeitos, dependem de uma cooperação do devedor, consistente no pagamento espontâneo da prestação. Enfim, tudo aquilo que esteja em posse do devedor e que, por direito, tenha de entregar ao credor encerra um direito a uma prestação.

Já os direitos potestativos, que podem ser exercidos pelo credor segundo sua vontade, e, por isso, independem de colaboração do devedor para ser exercidos, são direitos subjetivos que criam, extinguem ou modificam outros direitos subjetivos. Veja-se que há duas características para que o direito seja potestativo: 1) depender apenas da vontade do credor para ser (por ele) exercido; e 2) alterar a relação jurídica entre credor e devedor (criando, alterando ou extinguindo direitos).

Voltando aos direitos a uma prestação, como dependem, para serem satisfeitos, da cooperação do devedor, exigem que o ordenamento jurídico preveja uma forma de o credor

⁴ "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revista Forense, nº 193, p. 7-37.

⁵ Apud Valério, J. N. Vargas. "A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho". São Paulo: LTr, 1999, p. 57.

⁶ Chiovenda, Giuseppe. "Instituições de direito processual civil", 2^a ed., v. 1. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, p. 25-6, 30-3.



Processo nº : 13710.001175/2001-69
Recurso nº : 126.188
Acórdão nº : 201-78.284

MINISTÉRIO DA FAZENDA	CONSELHO DE CONTRIBUINTES
BRASÍLIA	30/05/05
k	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

proteger seu direito, no caso de não haver cooperação do devedor. Por isso, a cada direito a uma prestação corresponde uma ação que o protege⁷.

Com base na constatação imediata de que o prazo do referido art. 168 do CTN não se refere a direito potestativo, grande parte da doutrina afirma que se trata de prazo prescricional.

De fato, o “direito de pleitear a restituição” na esfera administrativa não é direito potestativo. À primeira vista, poder-se-ia até pensar que fosse, pelo fato de ser direito que pode ser exercido pelo credor de forma independente da vontade do devedor.

O direito à restituição é, obviamente, direito a uma prestação, pois depende da vontade do devedor para ser atendido espontaneamente. Mas o pleito da restituição, que é direito diverso do direito de restituição, não modifica a essência do direito de restituição. Não é do pleito que surge o direito à prestação e o pleito, em si, não altera o direito.

Tanto é que o direito creditório, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 210, de 2002, art. 3º, III, pode ser reconhecido de ofício pelo Fisco.

Então, por isso, o prazo previsto no CTN teria de ser de prescrição. Mas também não é.

Não se pode negar a razão de Luciano Amaro ao afirmar que, em determinadas situações, o contribuinte tem uma verdadeira opção entre requerer administrativamente a restituição ou apresentar ação de repetição de indébitos contra o sujeito ativo.

Mas o art. 168 refere-se, em princípio, a situações que somente permitem pedido administrativo. Nos casos em que tenha havido recolhimento a maior ou indevido, em face da legislação tributária, ou em que tenha ocorrido erro na identificação do sujeito passivo ou, ainda, “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”, em princípio, não haveria resistência do Fisco ao direito do contribuinte, ao menos quando os recolhimentos fossem indevidos de acordo com a interpretação oficial da legislação.

Nessas hipóteses, não existiria interesse processual do contribuinte que justificasse a apresentação de ação judicial. Veja-se que o contribuinte poderia, em tais situações, apresentar pedido eletrônico de restituição, ou declaração de compensação, hipótese em que aproveitaria imediatamente os efeitos de seu direito.

Ademais, a Receita Federal até mesmo poderia efetuar uma restituição de ofício dos valores recolhidos indevidamente, de acordo com o dispositivo já citado da IN nº 210, de 2002.

O prazo prescricional para apresentação da ação de repetição de indébito, no caso, é o previsto no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que previu o prazo quinquenal para todas as ações contra a União.

Esse decreto estava em vigor antes da publicação do CTN e não foi por ele revogado, uma vez que o Código não tratou da matéria de prescrição, nas hipóteses em que o contribuinte não podia apresentar o pedido administrativo. Tratou somente de um prazo de prescrição específico para a ação anulatória da decisão administrativa que denegasse a restituição (art. 169).

⁷ Vide art. 75 do Código Civil de 1916; art. 189 do atual.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13710.001175/2001-69

Recurso nº : 126.188

Acórdão nº : 201-78.284

Ministério da Fazenda	Segundo Conselho de Contribuintes
Processo nº	13710.001175/2001-69
Recurso nº	126.188
Acórdão nº	201-78.284
DATA 30 / 05 / 05	
k	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Portanto, o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito é de cinco anos, contados da data do recolhimento do tributo.

Como se trata de voto vencedor, destaco que a maioria desta 1ª Câmara não tem a mesma opinião a respeito da questão, uma vez que considera que o prazo de prescrição quinquenal é o previsto no art. 168 do CTN, que começa a ser contado a partir da data de extinção do crédito tributário.

Entretanto, contrariamente ao entendimento do ilustre Relator, entendo que a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento indevido, sujeito à condição resolutória (e não suspensiva, como considera o Superior Tribunal de Justiça).

Dessa forma, divergindo do Relator, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 15 de março de 2005.

JOSE ANTONIO FRANCISCO

[Assinatura]