



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13804.002217/00-51
Recurso nº	135.998 Voluntário
Matéria	RESTITUIÇÃO/COMP PIS
Acórdão nº	203-12.523
Sessão de	19 de outubro de 2007
Recorrente	BAVESA PARTICIPAÇÕES LIMITADA
Recorrida	DRJ em São Paulo-SP

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 31/01/1992 a 30/11/1994,
28/02/1995 a 31/08/1995

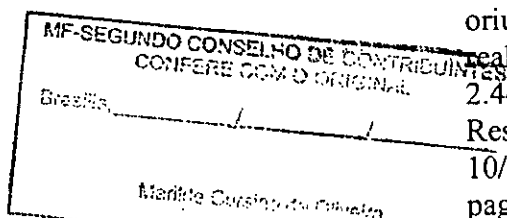
Ementa: PIS/PASEP. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.
DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88.
PAGAMENTOS INDEVIDOS OU A MAIOR.
~~DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO~~
PARA O PEDIDO E PERÍODO A REPETIR.

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, sendo que podem ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos anteriores à data do pedido administrativo ou da autuação de ação judicial.

BASE DE CÁLCULO E SEMESTRALIDADE.

Em face da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1998, e consoante a Súmula do Segundo Conselho de Contribuintes nº 11, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, a base de cálculo do PIS, até a entrada em vigor da MP nº 1.212/1995, em março de 1996, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária no intervalo dos seis meses.

Recurso provido em parte.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília: ____/____/____

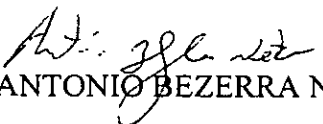
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Siope 91650

CC02/C03

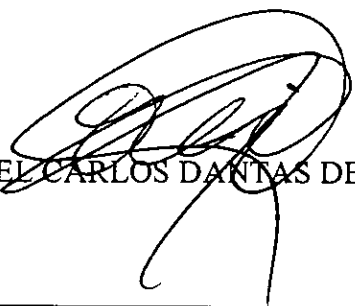
Fls. 275

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para acolher a semestralidade, nos termos do voto do Relator.


ANTONIO BEZERRA NETO

Presidente


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Eric Moraes de Castro e Silva, Sílvia de Brito Oliveira, Mauro Wasilewski (Suplente), Luciano Pontes de Maya Gomes, Odassi Guerzoni Filho e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, _____/_____/_____
Marilda Cursino de Oliveira Mat. Slape 91650

Relatório

O processo trata do Pedido de Restituição de fl. 01, protocolizado em 29/09/2000, referente a créditos oriundos de pagamentos indevidos do PIS, cumulado com compensação.

O indébito se refere a valores calculados com base nos Decretos-Leis n.ºs 2.445/88 e 2.449/88, cujos pagamentos foram efetuados entre 28/01/92 e 15/11/96 (ver planilhas de fls. 08/09, no valor total de R\$ 1.043.705,13, e cópias de DARF e comprovantes de depósitos judiciais de fls. 10/26).

Por bem resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório da decisão de primeira instância (fls. 217/218):

2. No intuito de desobrigar-se do recolhimento da contribuição ao PIS, e ainda para efetuar o depósito dos valores em garantia, a empresa ajuizou a ação declaratória 92.0000762-7, julgada parcialmente procedente em 25/04/95, afastando a cobrança do PIS relativamente às alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 2.445/88 e 2.449/88 (fls. 56-87). A União apelou da decisão na apelação cível 96.01.00492-0 cujo acórdão negou provimento à apelação em 26/02/96, transitando em julgado em 10/05/96 (fls. 151-154 e 156). A empresa juntou ainda cópia da ação judicial 92.00.05476-5 (fls. 98-121), que não foi analisada por tratar de Cofins, tributo diverso do objeto deste processo.

3. Mediante Despacho Decisório de 17/09/2003 (fls. 179-184), a EQITD da DIORT/DERAT/SP indeferiu a restituição pleiteada ante a constatação de que houve o levantamento dos depósitos judiciais do PIS efetuados entre 28/01/92 e 07/12/93 (fls. 19-26), conforme consulta ao site do TRF (fls. 146) e despacho da EQAMJ de 21/03/03 (fls. 177), não havendo que se falar em restituição para tais valores. O despacho da Eqitd também constatou o decurso do prazo quinquenal para exercer o direito de restituição para os darf recolhidos até 29/09/95 (fls. 10-17), aplicando-se-lhes as regras contidas nos artigos 165, I, e 168, I, do CTN, e também no Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26.11.1999, cujo texto estabelece, tendo em vista o Parecer PGFN/CAT/n.º 1538 de 1999, que o prazo para pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – artigos 165, I, e 168, I, da Lei N.º 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional). Por fim, a EQITD constatou que a requerente, para embasar seu pedido de restituição, adotou o procedimento de considerar a base de cálculo da contribuição para o PIS como sendo o faturamento do sexto mês anterior, sendo que a partir da edição da Lei 7.691/88 não mais subsistia o prazo de seis meses entre o fato gerador e o pagamento da contribuição para o PIS. O despacho da EQITD determinou ainda providências em relação aos valores depositados e levantados



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília: _____/_____/_____
Marilda Cursino da Oliveira Mat. Siane 91650

integralmente pelo contribuinte, haja vista que não houve a conversão em renda da União Federal, conforme despacho de fls.177.

4. Inconformado com o referido Despacho Decisório, do qual foi cientificado em 15/12/03 (fls. 190), o contribuinte protocolizou, em 09/01/04, a manifestação de inconformidade de fls. 191-201, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

4.1. Alega que os indexadores utilizados para o cálculo do crédito do contribuinte foram aqueles aplicados pela Justiça, conforme ementas que transcreve. Há equívoco do AFRF uma vez que a ação judicial discutiu a inexistência da tributação em face da possível repristinação da lei, ou seja, que não existiria lei válida por ter a lei vigente (decretos leis 2.445 e 2.449) perdido a eficácia, não se restabelecendo as LC n.º 07 e 17. Os depósitos foram feitos integralmente, portanto com todos os valores exigidos pelos Decretos-leis 2.445 e 2.449, sem exclusão da semestralidade, da base de cálculo e da alíquota majorada. Também não houve impetração de outra ação como avalia o auditor fiscal, apenas houve o ajuizamento da já mencionada ação.

4.2. O STF, no RE 148.754-RJ, julgou inconstitucionais ditos decretos-leis produzindo efeitos jurídicos "ex-tunc", vez que não eram meios legislativos constitucionais para promover alterações nas LC n.ºs 07/70 e 17/73, o que só poderia ser feito por outra lei complementar. Expõe decisões judiciais que confirmam sua tese. O Senado emitiu a Resolução n.º 49/95, retirando a eficácia jurídica e aplicabilidade dos referidos diplomas legais. Portanto, voltaram à vigência as LC n.ºs 07/70 e 17/73. Ocorre que referidos Decretos-leis previram a antecipação do recolhimento, a majoração da alíquota e a elevação da base de cálculo da contribuição para o PIS, decorrendo disto um crédito contra a União Federal em valor equivalente ao que foi compensado com a Cofins e o PIS devidos, conforme IN 21/97, art.66 da Lei 8.383/91 e art.73 da Lei 9.430/97.

4.3. Transcreve decisões do Conselho de Contribuintes, da Câmara Superior Recursos Fiscais e do STJ para embasar a tese da semestralidade do PIS e o argumento de que o início do prazo prescricional de cinco anos para exercer o direito de restituição inicia-se com a publicação no DJ da decisão do STF que julgou inconstitucionais os mencionados decretos-leis. Conclui que a compensação de recolhimento indevido do PIS com o próprio PIS mensal devido, de iniciativa da recorrente é aceita pela Justiça Brasileira, não cabendo ao Fisco a oposição, seja por meio de impedi-la administrativamente, seja por não reconhecer os valores decorrentes dos efeitos dos Decretos-leis 2445 e 2449/88. A alegação fiscal de que os efeitos dos decretos-leis inexistem em termos financeiros é equivocada. A Justiça julgou existir um diferencial a favor do contribuinte que recolheu PIS na forma dos diplomas legais julgados inconstitucionais.

4.4. Por tudo exposto, requer seja reformada a decisão que não homologou a restituição/compensação efetivada, reconhecendo o direito pleiteado pelo sujeito passivo.



Processo n.º 13804.002217/00-51
Acórdão n.º 203-12.523

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, _____/_____/_____

Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

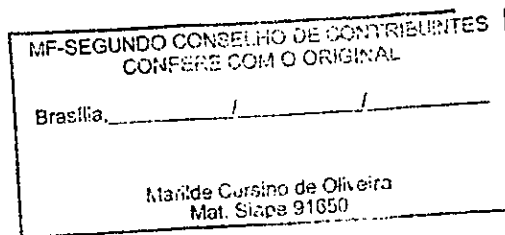
CC02/C03
Fls. 278

A 9ª Turma da DRJ manteve o indeferimento, referendando a interpretação do órgão de origem (Acórdão de fls. 118/123).

O Recurso Voluntário de fls. 235/250, tempestivo, insiste na repetição do indébito, arguindo basicamente a inexistência de prescrição ou decadência e o direito à aplicação da semestralidade.

É o relatório.





Voto

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

Cabe decidir a lide levando-se em conta o provimento que transitou em julgado na Ação Declaratória 92.0000762-7, julgada parcialmente procedente em 25/04/95 "para afastar a cobrança do PIS, relativamente às alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 2.445/88 e 2.449/88, por inconstitucionalidade" (fl. 58). Após apelo da União, o Acórdão que negou provimento à apelação transitou em julgado em 10/05/96 (fls.151-154 e 156).

O prazo para a repetição do indébito é objeto da controvérsia desde o indeferimento inicial pelo órgão de origem.

A semestralidade, por sua vez, foi considerada pela recorrente nas planilhas por ela elaboradas ao requerer a restituição/compensação (ver fls. 08/09), sendo defendida na peça recursal.

Essas duas matérias, bem como a correção do indébito, não foram tratadas na ação judicial. Daí caber analisá-las nesta esfera administrativa.

PRAZO PARA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo que o prazo para requerer a repetição do indébito em tela é de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/95.

Quanto ao período a repetir, abrange somente os cinco anos anteriores à data do pedido, que neste caso é a da autuação da Ação Declaratória, impetrada 1992.

No tocante à data para o pedido, adoto o entendimento expresso no Acórdão abaixo do STJ, embora atualmente esse tribunal já tenha alterado sua jurisprudência. 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.

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.*

(STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. à unanimidade em 20.05.03, DJU de 09.06.03).

(Negrito ausente no original).

Mais recentemente o STJ, nas hipóteses em que não aplica a Lei Complementar nº 118/2005, passou a interpretar que o prazo para repetição do indébito, no caso de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente da origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.

Com relação ao período a repetir, escorado em julgamentos do STF (RE nº 136.883/RJ, 2ª Turma), do STJ (REsp. nº 332.368-MG, da 2ª Turma) e dos Conselhos de Contribuintes (a exemplo do Acórdão nº 106-14325,¹ Recurso nº 138919, julgado em 11/11/2004), já votei no sentido de que todos os recolhimentos indevidos poderiam ser repetidos, independentemente da data do recolhimento, contanto que o pedido de restituição ou compensação fosse formulado até cinco anos após a publicação da Resolução do Senado nº 49/95.

Todavia, após estudar melhor a matéria reformulei o meu entendimento, diferenciando a situação em que a declaração de inconstitucionalidade é proferida em sede do

¹ Número do Recurso: 138919

Câmara: SEXTA CÂMARA

Número do Processo: 10930.003667/2001-14

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRF/ILL

Recorrente: MACSOL MANUFATURA DE CAFÉ SOLÚVEL LTDA.

Recorrida/Interessado: 1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Data da Sessão: 11/11/2004 01:00:00

Relator: Ana Neyle Olímpio Holanda

Decisão: Acórdão 106-14325

Resultado: OUTROS – OUTROS

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, RECONHECER a legitimidade, AFASTAR a decadência do direito e DETERMINAR a remessa dos autos à DRF de origem para análise do pedido.

Ementa: IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PRAZO DECADENCIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo ou da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária (CSRF/01-03.239). Se o indébito se exterioriza a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras do tributo, surge para o contribuinte o direito à sua repetição, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido (Entendimento baseado no RE no 141.331-0, Rel. Min. Francisco Rezek). Na espécie, trata-se de direito creditório decorrente da retirada do dispositivo do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista", do ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução no 82, do Senado Federal, publicada no DOU de 19/11/1996. Assim, em se tratando de sociedades por ação, para que não seja atingido pela decadência, o pedido de reconhecimento do direito creditório deve ter sido apresentado até cinco anos contados da data da publicação da referida Resolução do Senado Federal.

LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - Relevante para a espécie que o tributo tenha sido recolhido pela requerente e que a cobrança da exação tenha sido dada por indevida, pelo STF, com a confirmação do Senado Federal. Comprovado que o pagamento do tributo se deu em nome da empresa, o que denota ter esta arcado com o ônus do seu recolhimento, e que incidiu sobre o lucro líquido total apurado em 31/12/1989.

Legitimidade reconhecida.

Decadência afastada.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, _____/_____/_____
Marilda Cursino de Oliveira Mat. Siage 91650

controle concentrado ou abstrato - ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) -, daquela em que a inconstitucionalidade é tratada na via difusa ou incidental.

É que no controle concentrado a instabilidade jurídica decorrente dos efeitos *ex tunc* da decretação de inconstitucionalidade pode ser mitigada pelo STF, com efeitos *erga omnes*. Como informam os arts. 27 da Lei nº 9.868, de 10/11/99 (que dispõe sobre a ADI e a ADC) e 11 da Lei nº 9.882, de 03/12/99 (que trata da ADPF), o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, excepcionar a regra geral dos efeitos *ex tunc* e restringir os efeitos de determinada declaração de inconstitucionalidade, decidindo que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.² Assim, em vez de se permitir a restituição de todos os recolhimentos, por mais antigos que sejam, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

Embora o STF também possa adotar a exceção em sede do controle difuso,³ a restrição quanto aos efeitos *ex nunc*, bem como tudo o mais que decorre da inconstitucionalidade decretada incidentalmente, só tem eficácia entre as partes. Ao ser editada a Resolução Senatorial nos termos do art. 52, X, da Constituição, a lei declarada inconstitucional estaria com sua execução suspensa, contando-se a partir de então o prazo para a repetição do indébito decorrente de tal suspensão. Neste caso, manter os efeitos *ex tunc* pode causar enorme insegurança jurídica. Quanto mais demorar a Resolução (cuja edição pelo Senado, aliás, não é obrigatória), maior seria o período a repetir. Por isto a necessidade de considerar a decadência, com o objetivo de dar eficácia ao princípio da segurança jurídica. No controle concentrado zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso, é função da decadência.

Neste ponto cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal também possui decisões no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme demonstra o RE 57.310-PB, de 09/10/94, *in verbis*:

Recurso Extraordinário não conhecido – A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra – Declarada inválida uma lei tributária, a consequência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas pela prescrição.

(Negrito ausente no original).

Doutrinariamente, ensinamentos constantes da obra Mandado de Segurança, de Hely Lopes Meirelles, Malheiros, 24ª edição, 2002, atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, também informam o seguinte, às páginas 373/374:

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito

² O Colendo Tribunal já decidiu pelos efeitos *ex nunc*, ao menos nos seguintes julgados: ADI 3.615, Rel. Min. Ellen Gracie, conforme Informativo 438;

³ No Recurso Extraordinário nº 442.683, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-12-05, DJ de 24-3-06, o STF determinou efeitos *ex nunc*.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, _____	GC02/C03 Fls. 282
Marilda Cursino do Oliveira Mat. Siage 91650	

da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou impugnação.

No caso do PIS, a preclusão para repetição do indébito, regra geral, ocorre cinco anos após a extinção do crédito tributário. Sendo um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o contribuinte se obriga ao recolhimento do tributo antecipadamente, antes do lançamento a cargo da administração tributária, o prazo para a restituição é dado pelo art. 168, I, combinado com o arts. 165, I, e 156, VII, todos do CTN. Ou seja: 05 (cinco) anos, a contar do pagamento indevido.

Referidos artigos estabelecem a regra geral, segundo a qual finda em cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário, o prazo para solicitação de repetição de indébito advinda de pagamento indevido ou a maior. Esse prazo deve imperar inclusive no caso de inconstitucionalidade decretada por meio do controle difuso, de modo a impedir a repetição de valores recolhidos no período anterior ao intervalo dos cinco anos que antecede o pedido.

Somente na hipótese de inconstitucionalidade proferida em sede do controle concentrado, quando o STF pode restringir os efeitos *ex tunc* da nulidade declarada e tal restrição tem efeitos para todos, entendo deva ser excetuada a regra geral, de forma a permitir a repetição de todo o período. A não ser que o Tribunal diga o contrário.

Quando a inconstitucionalidade for declarada em sede do controle concentrado, e o STF não tiver restringido os seus efeitos *ex tunc*, todos os pagamentos indevidos podem ser restituídos, contanto que o pedido de repetição do indébito seja formulado no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão; quando declarada por meio do controle difuso, como se deu no PIS em questão, somente podem ser repetidos os pagamentos que ocorreram no interstício dos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido, neste caso com obediência aos artigos do CTN, mencionados acima.

Por fim, rejeito a tese dos “cinco mais cinco” 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

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL		CC02/C03
Brasília, _____/_____/_____		Fls. 283
Márcia Cursino de Oliveira Assessoria Jurídica		

anos seguintes.⁴ 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 quintuplo 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. Assim também o prazo para a restituição/compensação na via administrativa. Essa a regra geral, que só não se aplica na situação em tela porque esta decorre de inconstitucionalidade, como já esclarecido mais atrás.

Destarte, na situação em tela, em que a Ação Declaratória foi impetrada em 1992 e o recolhimento mais antigo foi efetuado naquele ano, nenhum pagamento está atingido pela prescrição, na via judicial, e pela decadência, nesta via administrativa.

SEMESTRALIDADE E CÁLCULO DO INDÉBITO

Quanto à semestralidade, é matéria já pacificada no âmbito deste Segundo Conselho de Contribuintes, que inclusive já aprovou, na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, a Súmula nº 11, com o seguinte teor:

A base de cálculo do PIS, prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária.

Essa a construção jurisprudencial que afinal prevaleceu da interpretação do art. 6º, parágrafo único, da LC 07/70, tudo conforme decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Segundo Conselho de Contribuintes. Embora pessoalmente entenda descabida a disjunção temporal entre o fato gerador e sua base de cálculo, curvo-me ao entendimento da maioria e voto pela apuração da base de cálculo do PIS com base no faturamento do sexto mês anterior.

⁴ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, _____/_____/____	CC02/C03 Fls. 284
Marilda Cursino de Oliveira Mat. SIAPE 91650	

O meu entendimento pessoal prende-se à necessidade de fato gerador e base de cálculo deverem estar em consonância, de modo que o aspecto quantitativo confirme o aspecto material da hipótese de incidência. O legislador ordinário, todavia, parecer ter desprezado tal necessidade, preferindo dissociar a base de cálculo do PIS do seu fato gerador, fixando este num mês e aquela seis meses antes.

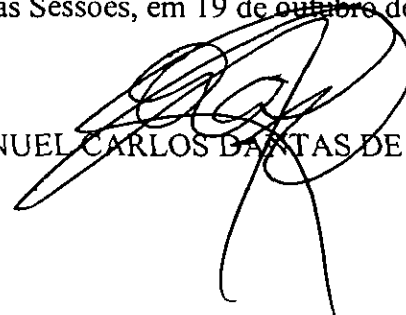
Assim, os cálculos da compensação devem ser feitos com a alíquota de 0,75%, aplicada sobre a base de cálculo do sexto mês anterior ao do fato gerador, sem correção monetária no período dos seis meses.

Por fim, o indébito deve ser corrigido monetariamente conforme os índices da Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR n.º 08/97, com juros Selic a partir de 01/01/96. Não cabe, em face da opção pela repetição nesta via administrativa (no lugar da ação judicial própria que poderia ter sido impetrada visando à repetição), aplicar os índices adotados pelo Judiciário, mas sim os preconizados pela Receita Federal.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, levando em conta a Ação Declaratória 92.0000762-7 dou provimento parcial para reconhecer o direito à restituição/compensação oriunda do indébito do PIS recolhido a maior, procedendo-se aos cálculos da Contribuição com aplicação da semestralidade e levando-se em conta todos os recolhimentos informados nas planilhas de 08/09 ou relativos aos DARF e depósitos judiciais não levantados, cujos comprovantes estão acostados às fls. 10/26. No cálculo do indébito a base de cálculo corresponderá ao sexto mês anterior ao do fato gerador, sem correção monetária no período dos seis meses, sendo aplicada a alíquota de 0,75%. Na correção do indébito devem ser empregados os índices da Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR n.º 08/97, com juros Selic a partir de 01/01/96.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2007.


EMANUEL CARLOS BANTAS DE ASSIS