



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

Processo n° 13811.002873/99-68
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-002.449 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2013
Matéria PIS/PASEP
Recorrente DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1990 a 29/02/1996

DECADÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECENAL. RE 566.621/RS. ART. 62-A DO RICARF (PORTARIA MF 256/09).

Consoante disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sob sistemática da repercussão geral, deverão ser reproduzidas por este Colégio Administrativo nas decisões administrativas exaradas por seus integrantes, de modo que, a teor da decisão exarada no RE 566.621/RS, os processos formalizados em data anterior à vigência da LC 118/05, ou seja, anteriormente a 09/06/2005, contam a decadência do direito à repetição de indébito pelo prazo decenal (tese dos “5 + 5”), com termo inicial na data de ocorrência do fato gerador.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/1990 a 29/02/1996

PIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 07/70. SEMESTRALIDADE. APLICAÇÃO.

É assente neste Tribunal Administrativo que a aplicação da LC nº 07/70 deve observância à semestralidade da base de cálculo na apuração da contribuição social, entendimento este consolidado em súmula de jurisprudência (Súmula CARF nº 15).

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fenelon Moscoso de Almeida, Robson José Bayerl, Angela Sartori e Fernando Marques Cleto Duarte.

Relatório

Cuida-se, na espécie, de pedido de restituição de PIS/Pasep, período julho/1990 a fevereiro/1996, devido à inconstitucionalidade dos DDLL 2.445/88 e 2.449/88.

A DERAT/SP indeferiu o pleito argumentando a decadência do direito à repetição; que a semestralidade prevista na LC 07/70 diria respeito à data de vencimento do tributo, a qual foi modificada pela Lei nº 7.691/88; e, que à SRF competia dar cumprimento às decisões judiciais em seus estritos ditames.

Em manifestação de inconformidade o contribuinte rechaçou a ocorrência da decadência, afirmando que o prazo seria decenal, por aplicação combinada dos arts. 165 e 168 do CTN, ou que o prazo quinquenal teria como termo inicial a edição da Resolução do Senado Federal nº 49/95; sustentou que a semestralidade vincular-se-ia à base de cálculo, razão porque não influenciada pelas sucessivas alterações da data de vencimento; e, por fim, explicou os efeitos da ação judicial e a RSF 49/95.

Acerca da ação judicial, o relatório da decisão de primeira instância fez a seguinte síntese:

“O Interessando impetrou Mandado de Segurança nº 92.0000542-0 (fls. 485-499) pleiteando:

‘Em face ao exposto acima, as Impetrantes pedem a V.Exa., com a devida vênia, que lhes conceda a segurança, reconhecendo-lhes o direito líquido e certo de não recolherem a contribuição para o PIS, em razão da sua total inconstitucionalidade’.

‘Face a uma inconstitucionalidade, deve o poder judiciário conceder liminarmente a medida requerida. Por outro lado, vencem-se continuamente, mês-a-mês, obrigações devidas pelas Impetrantes a título de contribuição para o PIS’.

4.1. Conforme o Despacho à fl. 500, em 29.05.92, foi concedida a liminar para que as Impetrantes possam efetuar os pagamentos dos seus PIS, na forma estipulada na LC nº 07/70, facultando também seus depósitos em Juízo.

4.2. Em 03.11.1992, a sentença contemplou (fls. 501-509):

‘Pelo exposto e considerando o mais que dos autos consta, havendo as Impetrantes solicitado a presente segurança para não serem obrigadas a pagarem as contribuições do PIS a partir de 05.10.88, DENEGO A ORDEM pelos motivos acima elencados’.

‘Casso a liminar anteriormente concedida’

4.3. Na Ementa do Tribunal constou (fl. 424):

‘I – A Lei Complementar nº 7/70 foi recepcionada pela Constituição Federal em seu artigo 239, o qual deu validade ao PIS, independentemente da necessidade de edição de quaisquer outras normas legais ou de sua submissão às regras que disciplinam a instituição das contribuições sociais.

II – A Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01.03.94, que alterou a redação do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, definiu, expressamente, a aplicação da Lei em comento, o que restou confirmado, ainda, com a emenda Constitucional nº 10, de 07.03.96, que altera o mesmo art. 72 do ADCT.

III – Não tendo sido formulado pedido sucessivo, para o reconhecimento da contribuição ao PIS nos termos impostos pela Lei Complementar nº 7/70, o mesmo não pode ser apreciado’.

4.4. No Acórdão do Tribunal (fl. 424) constou:

‘Decide a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Senhora Juíza Relatora e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado’.

4.4. Conforme a pesquisa no sítio do Tribunal Regional Federal de 3ª Região, o Acórdão transitou em julgado em 02.06.1998 (fl. 423).

4.5. A Justiça Federal lavrou o seguinte despacho (fl. 511):

‘Face a concordância expressa do Impetrante com a conversão em renda da União dos depósitos efetuados, manifestada às fls. 1490, oficie-se a CAIXA ECONÔMICA Federal- PAB – Justiça Federal, para que proceda a referida conversão, no código 2849, relativo ao PIS, dos montantes existentes nas contas de nºs: 00133377-6, 0147317-0, 00147316-2, 00133375-1, 00143134-1, 00133373-7, 00133374-4, 00149672-7.

Após, dê-se ciência a Procuradoria da Fazenda Nacional.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2002’.

4.6. Na conclusão da referida Ação, consta o seguinte Despacho (fl. 512):

‘Dê-se ciência a Procuradoria da Fazenda Nacional da conversão dos depósitos em renda da União Federal.

Após, arquivem-se os autos com as cautelas legais.

São Paulo, 18 de junho de 2002’.

5. À fl. 413 foi juntado o extrato dos depósitos judiciais convertidos em Renda da União e à fl. 430 consta o despacho da EQANJ informando que os depósitos judiciais efetuados nas contas CEF 0265/005/00127855-2, 0265/005/00132230-6 e 0265/005/00156907-5 foram convertidos em renda da União.” (destaques no original)

A DRJ São Paulo/SP manteve o indeferimento na mesma linha de raciocínio do despacho decisório proferido pela DERAT/SP, quanto à decadência e a semestralidade, diferindo apenas quanto ao conteúdo da decisão judicial, reconhecendo que não há concomitância, mas que, entretanto, o pedido de restituição foi aviado antes da conversão em renda, em favor da União, dos depósitos judiciais, o que revelaria pretensão de reembolso de parcelas ainda não arrecadadas.

Em recurso voluntário o contribuinte insistiu na inoccorrência da decadência; destacou que os depósitos judiciais já foram convertidos em renda e que não poderia ficar à mercê de manifestação judicial da Fazenda Nacional para reaver o que pagou indevidamente; e, que aplicação da semestralidade deveria levar em conta a base de cálculo e não da data de vencimento do tributo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade.

Inicialmente, cumpre acentuar que a inexistência de concomitância em relação ao objeto do MS 92.0000542-0 já foi, a seu tempo, verificada pelo órgão julgador *a quo*, não sendo a matéria submetida a contraditório pelo recurso interposto, razão pela qual tomo como suplantada.

De todo modo, ainda que não se entenda desta maneira, extrai-se da petição inicial de fls. 485/499 que a sua pretensão consistia em que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da legislação do PIS, mormente a LC 07/70, ao fundamento de não recepção pela CF/88, sendo a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 premissa para exposição do raciocínio argumentativo.

Portanto, o indigitado vício dos aludidos decretos-leis não compôs a lide estabelecida na ação judicial 92.0000542-0.

Nesta senda, especificamente em relação à inconstitucionalidade dos DDLL 2.445/88 e 2.449/88 é despiciente enveredar pela sua discussão, valendo, para tanto, a mera remissão ao teor da Resolução do Senado Federal nº 49/95, que sustou seus efeitos nos seguintes termos:

“Art. 1º É suspensa a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 148.754-2/210/Rio de Janeiro.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 9 de outubro de 1995”

Como consignado na decisão recorrida, uma vez suspensa a execução dos sobreditos diplomas, retomou a plena eficácia a Lei Complementar nº 07/70 e alterações posteriores.

Neste sentido, já adentrando uma das questões deduzidas e, por oportuno, invertendo a ordem de enfrentamento dos pontos controvertidos, tem-se que a “semestralidade” é matéria desde há muito consolidada neste Conselho Administrativo, inclusive com edição de súmula de jurisprudência (“*Súmula CARF nº 15: A base de cálculo do PIS, prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária*”).

Logo, diversamente da inferência da decisão de piso, a semestralidade prevista na LC 07/70 refere-se à base de cálculo, razão pela qual a alteração da data de vencimento da contribuição promovida pela Lei nº 7.691/88 e sucessivas alterações em nada influenciou a sua forma de apuração.

Retomando a seqüência de julgamento, concernente ao prazo para repetição de indébito de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, valho-me das razões expendidas pelo ínclito Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz, no acórdão 3403-001.415, exarado na sessão de fevereiro/2012, que aborda com maestria a questão, *verbis*:

“1. A Repetição do Indébito nos Tributos Sujeitos a Lançamento por Homologação.

Está-se novamente às voltas com a questão do prazo para o exercício da pretensão à repetição do indébito tributário, preliminar esta que, a depender da orientação adotada, sequer permitirá, in casu, que se ingresse no debate do mérito propriamente dito.

O que se discute, nessa matéria, não é propriamente a extensão do prazo – no meu entender, decadencial – para a formulação do pedido administrativo de restituição. A duração deste período, dentro do qual é lícito ao sujeito passivo requerer a devolução de quantia paga a maior, é de 5 (cinco) anos e está prevista expressamente no caput do artigo 168 do CTN. Ninguém advoga contra a estipulação legal e tampouco é isso o que ora pretende a recorrente.

O discutível, a respeito, é o momento a partir do qual o prazo quinquenal inicia sua fluência; ou seja, o termo a quo do interregno temporal. O inciso I, do referido artigo 168 do CTN comanda que, nas hipóteses de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido, a contagem principie na “data da extinção do crédito tributário”. O dúbio, o controvertido, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, é precisamente a data em que, havendo pagamento antecipado, se considera extinto o crédito fiscal.

Nesse tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação de acordo com a qual o evento extintivo do crédito tributário seria não o pagamento que o contribuinte tem a obrigação de realizar antecipadamente, porém a homologação – expressa ou tácita – a cargo da autoridade administrativa. O entendimento, prega a Corte, teria fundamento no disposto no artigo 150, §4º do CTN, onde se lê que, decorridos 5 (cinco) anos do fato gerador do tributo, ‘considera-se homologado o lançamento e **definitivamente extinto o crédito**’.

Como o crédito tributário não se extinguiria até a sobrevinda da homologação, a proposta interpretativa adotada pelo STJ difere para este momento o início do prazo decadencial para o exercício do direito à repetição do indébito. Sabemos todos que são raríssimas, para não dizer inexistentes, as situações em que o Fisco homologa expressamente os pagamentos efetuados pelo sujeito passivo. É por isso mesmo que, no mais das vezes, o entendimento em questão redundará no reconhecimento, ao contribuinte, de um prazo decenal para a restituição da exação indevida: 5 anos entre o fato gerador e a homologação tácita (artigo 150, §4º), acrescidos de outros 5 anos entre a homologação, data em que se daria a extinção do crédito, e a decadência do direito (artigo 168, inciso I).

Veja-se, nesse sentido, julgado paradigma do STJ na matéria:

‘TRIBUTÁRIO – EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSUMO DE COMBUSTÍVEL – DECADÊNCIA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA.

(...)

- A falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco, para apuração do tributo devido.’ (E.Divergência em REsp n. 42.720-5/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

Com todo o respeito aos que a professam, tenho para mim que esta não é a leitura mais consentânea com a disciplina dada pelo próprio CTN aos assim chamados tributos sujeitos a ‘lançamento por homologação’. É verdade que o Código nem sempre tratou dos institutos com coerência e sistematicidade – e as expressões ‘crédito tributário’ e ‘lançamento por homologação’- são exemplos eloqüentes disso. Todavia, são bem sucedidos os esforços da doutrina em dar-lhe coesão e organicidade interpretativa. Os resultados destas tentativas, a meu ver, conduzem à conclusão diversa desta a que tem, com a devida vênia, chegado o E. STJ.

O CTN permite que as pessoas políticas com competência tributária atribuam, na disciplina legal de suas figuras impositivas, ao sujeito passivo da obrigação as tarefas de identificar a ocorrência do fato gerador, apurar a base impositiva, calcular a exação devida e, enfim, recolher a respectiva importância independentemente de prévio lançamento (ato administrativo) ou de atos de controle por parte da Administração. O próprio CTN chamou as espécies fiscais assim

legalmente organizadas de tributos sujeitos a 'lançamento por homologação'.

Efetuada ou não o pagamento antecipado, o Fisco adotará necessariamente uma de três posturas reguladas pelo CTN: (i) concordará expressamente com o procedimento adotado pelo contribuinte (art. 150, caput, parte final), (ii) discordará do mesmo procedimento, efetuando o lançamento de ofício para exigir a diferença não espontaneamente recolhida (art. 149, V), ou, finalmente, (iii) concordará tacitamente, caso deixe transcorrer in albis o prazo assinalado para a hipótese anterior (art. 150, §4º).

O que o CTN denomina 'homologação tácita' é, portanto, a caducidade do direito ao lançamento de ofício nestes tributos em que o pagamento deve preceder o controle administrativo. Melhor dizendo: se o recolhimento efetuado pelo sujeito passivo é considerado pelo Fisco menor que o devido, cumpre a este último proceder ao lançamento de ofício da diferença. É para tanto que o CTN estabelece um prazo quinquenal a começar na data de ocorrência do fato gerador: vencido o prazo, extinto estará o direito de a Fazenda Pública lançar adicionalmente àquilo que o contribuinte houver antecipadamente pago.

Sempre que o Fisco homologa a conduta do contribuinte – expressa ou tacitamente, não importa – o lançamento, ao menos no sentido de ato constitutivo da obrigação tributária, não ocorre. Nesses casos, a obrigação (ou o crédito, se preferirmos) se constitui por confissão do próprio sujeito passivo, seja através do pagamento, seja pelo cumprimento de obrigação acessória que a lei institua para este fim. De lançamento, portanto, só se cogita se, no prazo decadencial, a Fazenda Pública constitui de ofício crédito suplementar àquele previamente declarado ou satisfeito pelo obrigado.

Percebe-se destas considerações que a homologação (expressa ou tácita) não influi sobre a extinção do crédito tributário reconhecido pelo sujeito passivo. O que o extingue é o eventual pagamento antecipado que porventura se efetue. A ulterior homologação, como visto, não é em si fato extintivo da obrigação tributária, mas causa de extinção, de perda, do direito ao lançamento de ofício de importâncias adicionais àquelas já espontaneamente recolhidas. A corroborar o argumento, note-se que se o Fisco pratica o lançamento de ofício (o que equivale à não-homologação na dicção do Código), nem por isso se desfaz o efeito extintivo do pagamento insuficiente quanto à parte incontroversa da dívida.

Veja-se, nesse sentido, os ensinamentos de Alberto Xavier:

'Só nesta última hipótese [pagamento insuficiente] é que o Fisco pode, no exercício do seu poder de controle, constatar a insuficiência e praticar de ofício um lançamento com vista a exigir a quantia em falta. Esta exigência (não-homologação) não é, porém, uma condição resolutiva em sentido técnico, pois

não destrói retroativamente o efeito liberatório que o pagamento insuficiente produziu no tocante à parte da dívida.

O que, em rigor jurídico, o decurso do prazo de cinco anos, sem que o controle administrativo tenha sido exercido, extingue pela decadência, é o poder-dever de efetuar esse controle, não o crédito tributário, cuja extinção se operou, plena e definitivamente, com o pagamento espontâneo, dotado de eficácia liberatória imediata' (A contagem dos prazos no lançamento por homologação. Revista dialética de direito tributário, São Paulo: Ed. Dialética, v. 27, p. 7-13 (13).)

Não fossem estas razões, respaldaria a interpretação aqui defendida a própria literalidade do §1º do artigo 150 do CTN. De acordo com o ali estatuído, 'o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento'. No contexto dos negócios jurídicos, condição resolutória, nos termos do artigo 127 do CC, é aquela que, implementada, faz cessar os efeitos do acordo de vontades. Os negócios subordinados a condição resolutiva produzem efeitos desde que celebrados, só deixando de fazê-lo se o evento condicional se consumar.

Daí porque, diz a doutrina, a não-homologação seria, quando muito, condição resolutiva dos efeitos extintivos e imediatamente produzidos pelo pagamento antecipado. Mais uma vez, lê-se em Alberto Xavier:

'(...) a condição resolutória permite a eficácia imediata do ato jurídico, ao contrário da condição suspensiva, que opera o diferimento dessa eficácia. (...) Ora, sendo a eficácia do pagamento efetuado pelo contribuinte imediata, imediato é o seu efeito liberatório, imediato é o efeito extintivo, imediata é a extinção definitiva do crédito. O que na figura da condição resolutiva sucede é que a eficácia entretanto produzida pode ser destruída com efeitos retroativos se a condição se implementar' (ob. cit., p. 12).

No mesmo sentido posiciona-se Eurico de Santi, para quem:

'A condição resolutiva não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracteriza a extinção do crédito tributário no átimo do pagamento. Assim sendo, enquanto a homologação não se realiza, vigora, com plena eficácia o pagamento, a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro dos prazos prescricionais' (Decadência e prescrição no direito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., p. 269)

Por fim, leia-se em Luciano Amaro igual entendimento:

'O que ocorre, pois, é que a extinção a que se refere o art. 150, §1º, é de natureza resolúvel (no sentido de que, caso o Fisco não concorde com o valor apurado e recolhido pelo obrigado, ele pode lançar de ofício para exigir a diferença do crédito tributário que entender devida). Se o Fisco nada disser, a extinção (que era condicional, sujeita à resolução) continua sendo extinção, já agora pura e simples e não mais

condicional.’ (Ainda o problema dos prazos nos tributos lançáveis por homologação, p. 377).

O artigo 150, §4º do CTN realmente dispõe que, homologado o pagamento, o crédito tributário se considera ‘definitivamente extinto’. Isso não significa, no entanto, que o acontecimento credenciado para extinguir a obrigação seja, de fato, a homologação. Significa somente que, operada a homologação por qualquer de suas modalidades, o Fisco decai da possibilidade do lançamento complementar e que, por este motivo, a obrigação definitivamente se restringe ao montante do crédito reconhecido e satisfeito pelo contribuinte. É por prestigiar a sistematicidade do diploma que empresto esta leitura ao dispositivo.

Em conclusão, tenho como mais acertada a exegese segundo a qual, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito se extingue no átimo do pagamento efetuado e não por ocasião da ulterior homologação. Esta data, a do pagamento, define, portanto, o início do prazo decadencial dentro do qual é lícito ao obrigado pretender a restituição do indébito, a teor do artigo 168, inciso I, do CTN.

2. A Lei Complementar nº 118/05 na Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Editada em 2005, a Lei Complementar veiculou em seus artigos 3º e 4º as seguintes disposições atinentes à matéria:

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

Art. 4º. Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.’

Em virtude dos motivos que expus mais acima, sempre tive para mim que o contido no artigo 3º, da LC no. 118/05 não passava de interpretação autêntica. Isso porque, sem prejuízo do ali estatuído, já defluía de dispositivos postos originalmente no CTN – sobretudo, dos artigos 150 e 168, inciso I – que o fato extintivo do crédito tributário apurado pelo sujeito passivo está no pagamento antecipado e não na homologação, expressa ou tácita, a cargo da autoridade fiscal.

O Superior Tribunal de Justiça, de sua parte, consolidou orientação diversa, conforme já relatado. Para o STJ, enquanto vigoraram as disposições do CTN tão somente, o termo inicial do prazo decadencial para a repetição do indébito se dava com a homologação do pagamento realizado pelo obrigado, de tal forma que as prescrições postas pelo artigo 3º da LC no. 118/05

representariam verdadeira modificação na disciplina da matéria. Foi esta leitura do fenômeno que conduziu a Corte a declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º do diploma, o que chegou, inclusive, a ocorrer ao ensejo do julgamento de recurso repetitivo, decidido no regime do artigo 543-C do CPC. Vejamos:

‘PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC/ TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação corresponsiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

(...)

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.’(Recurso Especial no. 1.002.932, rel. Min. Luiz Fux)

Mais recentemente, todavia, o tema alcançou o Supremo Tribunal Federal. O julgamento paradigmático ocorreu em Plenário, no âmbito do recurso extraordinário no. 566.621. Eis a ementa do acórdão:

‘DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS

PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.’ (Recurso Extraordinário no. 566.621, rel. Min. Ellen Gracie).”

Por força das disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e 62-A do regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF 256/09 e alterações, as decisões plenárias definitivas de mérito e/ou submetidas à repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal, e ao rito do recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, deverão ser reproduzidas por este Colégio Administrativo.

Neste diapasão, considerando a inexistência de ação judicial patrocinada pelo contribuinte quanto à questão *sub examine*, como já salientado, tem-se como marco temporal o

protocolo do processo administrativo, ocorrido em 05/11/1999, portanto, em data anterior à vigência da Lei Complementar nº 118/05, de maneira que a contagem do prazo decadencial obedece à forma estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, correspondendo a cinco anos da ocorrência do fato gerador, se houve homologação tácita, acrescidos de mais cinco, que se refere ao interregno previsto nos arts. 165, I e 168, I do CTN.

No caso vertente, o fato gerador mais antigo ocorreu em julho/1990, de modo que, pela regra alhures, o prazo fatal para o pedido de restituição se encerraria em julho/2000, do que se deduz que o direito à pretendida repetição encontra-se incólume, não havendo que se falar em decadência, eis que o presente feito foi protocolado em 05/11/1999.

Por derradeiro, quanto à conversão do depósito judicial em renda, como óbice à restituição, é certo que por ocasião da formulação do pleito, em que pese a existência de depósitos, a sua conversão ainda não ocorrera, o que, em tese, impediria a sua devolução, uma vez que o depósito não equivale a pagamento, pois não tem o condão de extinguir o crédito tributário correspondente, mas apenas de suspender a sua exigibilidade.

No entanto, não se pode olvidar que a própria unidade preparadora reconheceu sua posterior conversão, antes mesmo da prolação da decisão reclamada.

Ou seja, ainda que no momento do requerimento não houvesse extinção do crédito tributário, quando do julgamento recorrido tal condição já fora preenchida, parecendo-me apego exacerbado ao formalismo obstaculizar o exercício do direito por uma situação jurídica já alterada no transcurso do tempo.

Entendo eu que tal defeito foi superado quando da superveniente conversão em renda, momento a partir do qual houve a efetiva extinção do crédito tributário, o que impõe reconhecer, nessa linha intelectual, ser este o termo inicial, o *dies a quo*, para a atualização monetária do indébito porventura existente, pois, até então, a remuneração dos depósitos seguia regra própria.

Com estas considerações, concluo não haver período de apuração algum colhido pela prescrição/decadência, devendo a unidade preparadora recalcular o PIS devido com base na LC 07/70 e alterações posteriores, à exceção, claro, dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, tomando em conta o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato tributável, sem correção monetária, como determina a Súmula CARF nº 15, e o indébito porventura apurado deve ser corrigido de acordo com os índices definidos pela Administração Tributária, tendo como data inicial a efetiva conversão dos depósitos em renda, dando, por consequência, provimento integral ao recurso.

É como voto.

Robson José Bayerl

CÓPIA