



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA

Processo nº 13838.000060/00-50
Recurso nº 201-131.882 Especial do Procurador
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP DE PIS
Acórdão nº 02-03.863
Sessão de 13 de fevereiro de 2009
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONFECÇÕES ADAPANI LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/06/1990 a 28/02/1995

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - DECADÊNCIA.

Somente após a publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade é que se forma o indébito e, portanto, inicia-se o prazo decadencial para sua repetição, "*dies a quo*".

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial.


ANTONIO PRAGA
Presidente


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Relator

FORMALIZADO EM: 07 AGO 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Antonio Praga (Presidente), Antonio Carlos Guidoni Filho (Vice-Presidente substituto convocado), Josefa Maria Coelho Marques, Gileno Gurjão Barreto, Antonio Carlos Atulim, Maria Teresa Martínez López, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Fabíola Cassiano Keramidas (Substituta convocada), Henrique Pinheiro Torres, Leonardo Siadc Manzan, Julio Cesar Vieira Gomes,

Manoel Coelho Arruda Júnior (Substituto Convocado), Elias Sampaio Freire, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 375 a 383) interposto pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 201-80.138 (fls. 366 a 371) da 1ª da Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, cuja ementa vazou nos seguintes termos:

PIS/PASEP. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição do PIS/Pasep recolhido com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 tem como termo a quo a data da publicação da Resolução nº 49 do Senado Federal, ocorrida em 09/10/95, e como termo ad quem a data de 10/10/2000, após decorridos 5 (cinco) anos da referida publicação.

SEMESTRALIDADE.

Com a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, a base de cálculo do PIS voltou a ser o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, conforme o art. 6º da Lei Complementar nº 7/70. Tal procedimento permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, quando só então, a partir dos efeitos desta, é que a base de cálculo do PIS passou a ser considerada como a do faturamento do mês anterior.

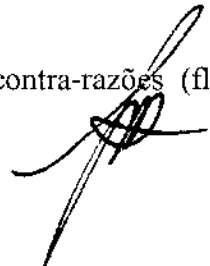
Recurso provido.

A Fazenda Nacional reclama a contagem do prazo de 05 (cinco) anos a partir do recolhimento/pagamento, para fins de restituição. Entende que o aresto desrespeitou as regras plasmadas no Código Tributário Nacional e na Lei Complementar nº 118/2005.

Por meio do despacho nº 201-583/07 (fls. 386 e 387) deu-se seguimento ao recurso especial, reconhecendo-se a contrariedade à lei.

Regularmente notificado, o interessado apresentou contra-razões (fls. 391 a 402).

É o Relatório.



Voto

Conselheiro GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Relator.

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento. Sendo assim, dele tomo conhecimento e passo a examiná-lo.

A controvérsia se instaurou por entendimentos divergentes quanto ao termo “a quo” para contagem do prazo decadencial relativo ao direito de repetição do indébito em face da Resolução do Senado nº 49/95.

Para a solução da presente lide adoto, como razões de decidir, entendimento do Conselheiro Julio César Vieira Gomes, vazado nos seguintes termos:

“O tema tem disciplina no Código Tributário Nacional que, no entanto, não tratou dessa questão específica:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Entendo que a solução da controvérsia deve ser iniciada com a pesquisa do sentido da expressão indébito, eis que a restituição se refere ao pagamento indevido. É com a identificação do momento em que determinado pagamento se tornou indevido que se inicia o prazo prescricional para a ação de repetição do indébito.

O Código Tributário Nacional dedicou à matéria a Seção III “Pagamento Indevido” do Capítulo IV “Extinção do Crédito Tributário”, nos seguintes termos, a partir dos quais podemos extrair um sentido para a expressão “indevido”:

SEÇÃO III

Pagamento Indevido

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Nos exatos termos do artigo 165, I do CTN, o tributo é indevido em face da legislação tributária aplicável, ou seja, examinando-se o pagamento à luz da norma aplicável, constata-se uma incorreção, o tributo é indevido ou se pagou mais que o devido. E o que se tem por indevido não resulta da interpretação da lei pelo sujeito passivo em sentido contrário àquela adotada pela Administração. É indevido o tributo porque a legislação assim o considera, independentemente da interpretação empregada ou de sua constitucionalidade ou não. Até porque todas as leis em vigor gozam da presunção de constitucionalidade, que somente pode ser afastada nos controles concentrado e difuso:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema.¹

No caso sob exame, os pagamentos foram realizados em conformidade com o Decreto-lei nº 2.445/88, isto é, foram recolhidos para o Programa de Integração Social – PIS 0,65% da Receita Operacional Bruta. Considerando a presunção de constitucionalidade do aludido Decreto-lei, não foi o pagamento de acordo com suas regras que era indevido à época, mas na sistemática da Lei Complementar nº 7/70. Já que esta não mais se aplicava ao recorrente.

Quanto aos efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, é de se ter que o indébito apenas se forma entre as partes do processo. Com relação aos demais contribuintes, o tributo continua sendo obrigatório e, eventuais pagamentos, regularmente devidos. Somente com a suspensão dos efeitos da lei através da Resolução Senatorial é que todos os pagamentos até então realizados se tornaram indevidos. A partir de então se iniciou o prazo prescricional para a repetição.

Quanto à aplicação ao caso do artigo 106, I do Código Tributário Nacional, em face dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, não prosperam as razões do recorrente. Não se referiu o dispositivo legal ao indébito em razão de declaração de inconstitucionalidade, mas tão somente de pagamento indevido em face da legislação tributária aplicável; portanto, pelas razões já apresentadas, não se pode aplicar ao caso o disposto no artigo 168 Inciso I do CTN.

E, ainda assim, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que a norma no artigo 3º da LC nº 118/2005, a pretexto de se reputar como meramente interpretativa, modificou o sentido da regra disposta no art. 168, I da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, afastando-se da regra de exceção consubstanciada no artigo 106, I do mesmo código:

¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2003. página 176.

RECURSO ESPECIAL Nº 988.362 - SP (2007/0228118-3)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. LC nº 118/2005.

ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. NÃO-APLICAÇÃO RETROATIVA. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE ESPECIAL (AI NOS ERESP Nº 644736/PE).

1. 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 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. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

2. A ação foi ajuizada em 06/07/1994. Valores recolhidos, a título de PIS, entre 10/88 e 12/93. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 07/1984) 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) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, ao julgar os EREsp nº 327043/DF, em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida LC. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a citada norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se sua incidência às hipóteses verificadas após sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

4. "O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (ERESP nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Referendando o posicionamento acima discorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, 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 art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

6. *Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelas Documento: 3501957 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 11 Superior Tribunal de Justiça partes litigantes.*

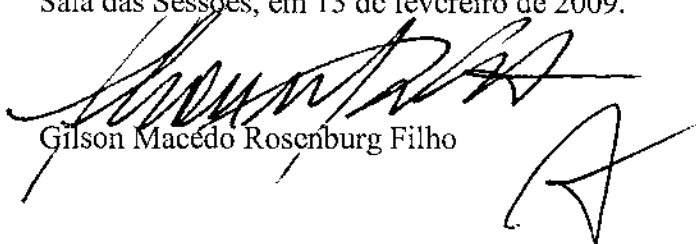
7. *Recurso especial provido.*

No mesmo recurso especial acima transcrito também se firmou entendimento na Corte Especial que, uma vez adotada a tese dos cinco mais cinco anos para os tributos de lançamento por homologação, não haveria de se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Porém, não se pode ignorar que, após oscilações, firmou-se uma solução prática para o deslinde da questão. Solução esta que deve ser compreendida como um todo, como um sistema fechado. Se por um lado, o prazo prescricional para a repetição do indébito foi ampliado para dez anos, já que se inicia da homologação tácita; de outro, seu termo a quo seria invariavelmente a data de ocorrência do fato gerador. Entendo, e para tanto peço vênias, que o respeitável entendimento do STJ somente guarda coerência nos exatos termos em que se consolidou. Ambas as características, termo inicial de contagem, termo a quo, e prazo prescricional, são indissociáveis. Entretanto, forçosamente, procura a Fazenda Nacional, através de seu ilustre representante, extrair da nova jurisprudência da Corte Especial somente a parte que lhe atende, termo *a quo*, desprezando a outra, prazo prescricional de 10 anos”.

Portanto, entendo que somente após a publicação da resolução do Senado nº 49, de 10 de outubro de 1995 é que se formou o indébito, caracterizando o “*dies a quo*” para a contagem do prazo decadencial.

Em razão do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2009.


Gilson Macêdo Rosenberg Filho