



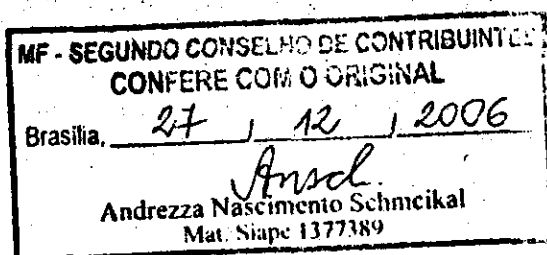
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

2.º	PUBL. NO D. O. U.
C	De 16/02/07
C	Rubrica

2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : MSM PRODUTOS PARA CALÇADOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



PIS. COMPENSAÇÃO. PAGAMENTOS INDEVIDOS. NORMA INCONSTITUCIONAL. PRAZO DECADENCIAL.

O prazo para requerer a compensação dos pagamentos da contribuição para o PIS, efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, é de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem no momento em que eles foram considerados indevidos com efeitos erga omnes, o que só aconteceu com a publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, em 10/10/1995.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MSM PRODUTOS PARA CALÇADOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López (Relatora), Simone Dias Musa (Suplente) e Ivan Allegretti (Suplente). Designado o Conselheiro Antonio Zomer para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2006.

Antonio Carlos Atulim
Presidente

Antonio Zomer
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar e Nadja Rodrigues Romero.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	27 / 12 / 2006
Andrezza Nascimento Schmeikal	
Mat. Siapc 1377389	

2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : MSM PRODUTOS PARA CALÇADOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição formulado em 14/06/2002, de recolhimento referente a importâncias relativas à contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), períodos de apuração de 04/1989 a 09/1995, correspondentes às diferenças entre os valores determinados em face da Lei Complementar nº 07/70, ao se considerar como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida:

"A contribuinte acima identificada solicitou em 14/06/2002 restituição/compensação de importâncias relativas à Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), períodos de apuração 04/1989 a 09/1995 (fls. 01/02), correspondentes às diferenças entre os valores determinados face à Lei Complementar nº 07/70, ao se considerar como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Para fundamentar a solicitação, juntou requerimento, planilhas, Darf's e guias de depósitos judiciais de fls. 27/38.

Cientificada em 16/04/2004 do indeferimento de seu pedido, e da não homologação da compensação declarada, pela DRF/Franca (fls. 291/300), a interessada apresentou em 20/04/2004 manifestação de inconformidade de fls. 302/320, subscrita pelo advogado Reginaldo L. Estephanelli (procuração fl. 321), solicitando a reforma da decisão atacada, de maneira que restasse acaído o pedido de compensação originariamente formulado.

Alega, em síntese, que:

a) não ocorreu a decadência de seu direito à compensação, a qual somente ocorreria em dez anos, de acordo com a jurisprudência do STJ;

b) aduz que não há previsão legal de prazo prescricional para apresentação de pedido de restituição perante a administração pública, não podendo ser aplicadas à espécie as disposições contidas no Código Civil e no Decreto nº 90.210/32, por se tratarem de disposições específicas para ações judiciais;

c) não há que se falar em concomitância com processo judicial, já que a questão levada ao Poder Judiciário - Ação Ordinária nº 91.00278416-6 - não envolvia a base de cálculo do PIS (faturamento apurado 6 meses antes da ocorrência do fato gerador), mas sim a controvérsia relativa à inconstitucionalidade dos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449 de 1988;)

d) assevera, também, que a Lei Complementar nº 7/70 dispõe claramente que a base de cálculo da contribuição ao PIS é o faturamento de seis meses anteriores, sem qualquer correção monetária, e que nenhuma outra lei a modificou, salientando, ainda, que o questionamento não se refere a prazo de recolhimento e que a base de cálculo somente poderia ser alterada por outra lei."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27. 1 12, 2006
Andrezza Nascimento Schmeikal
Mat. Siapex 1377389

2ª CC-MF
FL.

Por meio do Acórdão DRJ/RPO nº 10.044, de 28 de novembro de 2005, os Membros da Primeira Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação da contribuinte. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/04/1989 a 30/09/1995

EMENTA: PIS. PAGAMENTO INDEVIDO. DECADÊNCIA DO DIREITO À RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.

PIS. PRAZO DE RECOLHIMENTO.

A base de cálculo tributária deve corresponder à materialidade da hipótese de incidência, sendo incabível a interpretação de que a contribuição ao PIS deva ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior.

REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. VEDAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

Admite-se a repetição/compensação, na esfera administrativa, de indébitos fiscais cujo direito à repetição foi reconhecido na esfera judicial, com decisão transitada em julgado, se o requerente comprovar a homologação pelo Poder Judiciário da desistência da execução do título judicial ou da renúncia a sua execução, bem como a assunção de todas as custas do processo, inclusive os honorários advocatícios.

Solicitação Indeferida".

Inconformada com a decisão prolatada, a interessada apresenta recurso, onde, em síntese e fundamentalmente, alega que:

- ingressou com Ação Ordinária nº 91.00278416-6 objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes no tocante à exigência de contribuições ao PIS, efetuando depósitos judiciais das quantias controversas;

- em 08 de fevereiro de 1995 transitou em julgado o v. aresto pelo STF, restabelecendo os efeitos da r. sentença monocrática proferida pelo Juízo de primeiro grau, a qual eximiu a recorrente da incidência do PIS por entender que tal exação é inconstitucional;

- pela decisão judicial não está sujeita ao recolhimento de quaisquer créditos tributários devidos a título de PIS;

- dessa decisão a União Federal recorreu intempestivamente, ajuizando a Ação Rescisória nº 1.370-1, sendo que o Ministro Eros Grau, ao analisar a referida ação, proferiu decisão monocrática, publicada no Diário Oficial do dia 17 de fevereiro de 2005, reconhecendo a decadência do direito de a União Federal rescindir o acórdão proferido pelo STF;

- muito embora a recorrente não esteja mais sujeita ao PIS, nos termos da decisão judicial proferida, a mesma tem adotado uma postura mais conservadora e tem recolhido os valores dessa exação, tanto que as compensações/restituições pleiteadas não estão levando em consideração crédito relativo ao valor total da contribuição ao PIS por ela recolhida;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>27</u> , <u>12</u> , <u>2006</u> <i>Ansch.</i> Andrezza Nascimento Schmickal Mat. Sipe 1377389
--

2ª CC-MF Fl. _____

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17453

- assim, solicitou, em 14/06/2002, restituição/compensação de importâncias relativas à contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), períodos de apuração de 04/1989 a 09/1995 (fl. 02), correspondentes às diferenças entre os valores determinados em face da Lei Complementar nº 07/70, ao se considerar como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador;

- a questão da semestralidade não foi discutida na ação judicial;

- o prazo para solicitar a restituição/compensação é de 10 anos, no entendimento dos Conselhos de Contribuintes e do pacificado pelo STJ. Cita jurisprudência em seu favor;

- não se pode aplicar a Lei Complementar nº 118/2005, art. 3º, porque esta só produz efeitos para o futuro. Nesse sentido alega que, quando do julgamento dos Embargos de Divergência ao Recurso Especial nº 327.043, no qual se discute incidentalmente a questão, a Primeira Seção do Egrégio Tribunal de Justiça (portanto, através da reunião de suas duas Turmas competentes) já firmou entendimento no sentido de afastar a natureza interpretativa do mencionado art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005;

- reitera argumentos sobre a semestralidade da base de cálculo do PIS. Cita jurisprudência em seu favor;

- quanto à suposta falta de documentação juntada pela recorrente, necessária à comprovação do indébito objeto de compensação/restituição, alega *"que quando da apresentação de seu pedido de compensação/restituição, apresentou planilha detalhada acerca do crédito a ser compensado/restituído, demonstrando claramente as diferenças entre os valores recolhidos e os valores apurados nos termos da LC nº 7/70, levando em consideração o faturamento correspondente ao sexto mês ao da ocorrência do fato gerador"*. E mais adiante, afirma: *"cabe referir que a recorrente, quando da apresentação de sua impugnação, expressamente requereu em seu pedido a produção de todos os meios de prova admitidos, inclusive juntada de outros documentos e outras provas que se fizessem necessárias, bem como sejam determinadas todas as diligências e providências (...)"; e*

- pede, ao final, seja afastada a decadência, admitida a semestralidade da base de cálculo do PIS, deferindo-se, assim, o pedido de restituição/compensação do indébito tributário.

Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o art. 33, § 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e a Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

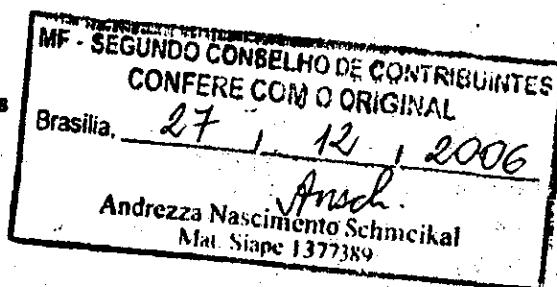
É o relatório.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453



**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
(VENCIDO QUANTO À DECADÊNCIA)**

O recurso voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

Trata o presente processo de pedido de restituição formulado em 14/09/2001, de recolhimento referente a importâncias relativas à contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), períodos de apuração de 04/1989 a 09/1995 correspondentes às diferenças entre os valores determinados em face da Lei Complementar nº 07/70, ao se considerar como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Há primeiramente que ser observado que o pedido de compensação foi posterior ao trânsito em julgado (fev/95) favorável à contribuinte.

Em segundo lugar, há de se fazer um reparo: muito embora conste dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, por tratar-se de pedido de restituição/compensação, desnecessário tal exigência. O termo de arrolamento de bens se faz obrigatório em se tratando de lavratura de auto de infração, conforme preceitua o art. 33, § 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, no qual há uma exigência do Fisco. Neste caso, a interessada se diz credora da Fazenda Nacional. Nenhum sentido obrigá-la a prestar garantias.

As matérias que dizem respeito podem ser assim sintetizadas:

i - prazo para solicitar supostos créditos para com a Fazenda Nacional, em caso de ser afastada a decadência; ii - a semestralidade da base de cálculo; e iii - da conferência do suposto crédito da interessada.

I - PRAZO PARA SOLICITAR SUPOSTOS CRÉDITOS PARA COM A FAZENDA NACIONAL

Na verdade, o cerne consiste em se determinar qual é o prazo que o contribuinte possui para pleitear a devolução de quantias pagas indevidamente.

Primeiramente, reconheço existir divergências nesta Câmara proveniente até mesmo de anterior jurisprudência do STJ.

No caso dos autos há uma peculiaridade que merece ser destacada. Conforme relatado, a interessada ingressou, em 1991, com Ação Ordinária nº 91.00278416-6 objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes no tocante à exigência de contribuições ao PIS, efetuando depósitos judiciais das quantias controversas.

5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 27, 12, 2006

Andrezza Nascimento Schmeikal
Mat. SIAPE 1377389

2ª CC-MF
Fl.

Posteriormente, em 08 de fevereiro de 1995 transitou em julgado o v. aresto pelo STF, restabelecendo os efeitos da r. sentença monocrática proferida pelo Juízo de primeiro grau, a qual eximia a recorrente da incidência do PIS por entender que tal exação é inconstitucional. Que, pela decisão judicial, não está sujeita ao recolhimento de quaisquer créditos tributários devidos a título de PIS. Portanto, em 08 de fevereiro de 1995 a ação foi definitivamente encerrada.

Portanto, se considerarmos a contagem do prazo dos 5 anos (e neste específico caso o de prescrição) da data em que a ação judicial transitou em julgado, nenhum direito socorreria à interessada.

No entanto, dentre interpretações possíveis, filio-me à atual corrente doutrinária e jurisprudencial dos 10 anos, retroativos ao pedido formulado pela interessada.

Adotei, anteriormente, o entendimento diverso, com fundamento em uma das correntes do STJ, conforme julgamento ocorrido no EREsp nº 42.720.¹ Nesse julgado o Ministro-Relator, citando Hugo de Brito Machado, argumentou:

"A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção"

Destarte, no passado, defendi não ser razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. O contribuinte aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. Uma vez que a jurisprudência é mansa e pacífica, surge, então, para o contribuinte o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção. Declarada, assim, pelo Superior Tribunal de Justiça a inconstitucionalidade material da norma legal em que fundada a exigência da natureza tributária, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido.

Atualmente, revejo a posição adotada no passado, fruto do novo e consolidado entendimento do STJ. No entanto, para melhor reflexão do meu posicionamento atual, peço vênias para trazer aos meus pares resumo das alterações ocorridas no tempo. Assim, ao longo dos últimos anos, algumas correntes se firmaram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a uniformização da interpretação das leis.

A primeira corrente, sustentada por alguns renomados doutrinadores², afirma que o prazo para se pleitear a repetição do indébito seria de 05 anos contados da extinção do crédito tributário (art. 168 do CTN), no entanto, para esta corrente a extinção do crédito tributário se daria com o efetivo pagamento.

¹ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/04/1995.

² Alberto Xavier e Marco Aurélio Greco.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27, 12, 2006
Andreza Nascimento Schmeikal Mat. SIAPE 1377389

2ª-CC-MF
Fl.

A *segunda corrente*³ sustenta que realmente o termo inicial para contagem do prazo decadencial seria da extinção do crédito tributário. Todavia, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação a extinção do crédito tributário sempre se dá com a homologação tácita, ou seja, após o decurso de 05 anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Essa segunda corrente ficou conhecida como a "tese dos dez anos", haja vista que a Fazenda Pública nunca homologa expressamente o pagamento efetuado pelo contribuinte. Considerando-se, assim, extinto o crédito tributário cinco anos após ocorrido o seu fato gerador (homologação tácita). Sendo assim, o prazo de cinco anos para exercer o direito de pedir a restituição tem como *dies a quo* justamente o *dies ad quem* da Fazenda Pública para homologar o crédito restituendo.

A Fiscalização, por seu turno, com fundamento, em parte, na minoritária doutrina, procurou fazer prevalecer a chamada "tese dos cinco anos", inclusive para os casos de lançamento por homologação. E nessa persiste atualmente.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese fazendária, conforme podemos extrair do seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PARCELAS INDENIZATÓRIAS - PRESCRIÇÃO - TERMO 'A QUO' - PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO.

O prazo prescricional para restituição de parcelas indevidamente cobradas a título de imposto de renda é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, isto é, de cada retenção na fonte. Embargos de divergência acolhidos." (Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. EREsp nº 258.161/DF. 1ª Seção. DJ de 03/09/2001)

Contudo, a jurisprudência do Colendo Tribunal não se manteve no sentido do acórdão acima, passando a adotar a "tese dos dez anos", conforme exemplo a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL. SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS. IMPROVIMENTO.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se inicia após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos na hipótese de homologação tácita.

Negado seguimento ao recurso especial, porque a tese recursal é contrária à jurisprudência consagrada pelo STJ, se subsiste íntegro tal fundamento, não cabe prover agravo regimental para reformar o decisum impugnado. Agravo improvido." (AgREsp nº 413.943 Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 24/06/2002, pág. 217)

Posteriormente, uma terceira corrente surgiu dentro do STJ, fixando novo termo inicial para a ação de repetição do indébito tributário, em casos de controle de constitucionalidade. Por esta corrente passou-se a adotar o seguinte: i) no caso de tributo declarado inconstitucional via controle difuso (RE), o termo inicial é a data da publicação da Resolução do Senado retirando a norma do mundo jurídico; e ii) no caso de controle concentrado (ADIN), o marco inicial é a data do trânsito em julgado da ação direta. A Seção de Direito

³ sustentada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coelho e Paulo de Barros Carvalho.

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 27, 12, 2006 Andreza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389
--

2ª OC-MF Fl.

Público do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do EREsp nº 42.720-5 - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/04/1995), posteriormente, passou ao entendimento acima exposto. Nesse julgado o Ministro Relator, citando Hugo de Brito Machado, argumentou:

"A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

Nesse entendimento, a inconstitucionalidade declarada pela Excelsa Corte mediante o controle direto ou concentrado tem eficácia *erga omnes*. O controle difuso, no entanto, opera efeitos apenas *inter partes*, mas, uma vez suspensa a eficácia da norma pelo Senado Federal, ocorre a retirada da norma do sistema, produzindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. Para as hipóteses restritas de devolução do tributo indevido, por fulminado de inconstitucionalidade, o *dies a quo* para a contagem do prazo para repetição do indébito pelo contribuinte deve ser o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, pela Excelsa Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Pela corrente acima, adotada anteriormente pelo STJ, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, seria possível a repetição de todos os valores pagos indevidamente, com efeitos *ex tunc*.⁴ E nesse sentido a exemplo de várias decisões dos Conselhos de Contribuintes, é que reconheço ter me filiado por um longo período.

Todavia, quando o STJ parecia ter encontrado uma solução, adotando conjuntamente a "tese dos dez anos" com a "tese das declarações de inconstitucionalidade", a Primeira Seção do Tribunal, no julgamento do EREsp 435.835, decidiu aplicar a regra geral dos "cinco mais cinco" nos casos de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação. Veja-se:

"RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES AUTÔNOMOS E AVULSOS. RESTITUIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA Nº 83/STJ. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475 DO CPC. SÚMULA Nº 284/STF.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

⁴ Veja-se Resp nº 543.502/MG, órgão julgador: PRIMEIRA TURMA, data da decisão: 20/11/03, DJ DATA: 16/02/2004 - Relator - LUIZ FUX.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27, 12, 2006
Anscl.
Andrezza Nascimento Schmeikal
Mat. Sique 1377380

2ª CC-MF
Fl.

2. *"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida"* (Súmula nº 83/STJ).
3. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula nº 284/STF na hipótese em que o recorrente não demonstra as razões pela qual o dispositivo legal mencionado foi contrariado.*
4. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.*" (REsp nº 659.418/RS, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data do Julgamento: 16/09/2004, DJ de 25/10/2004).

E nesse entendimento de se adotar uma única regra vem se posicionando atualmente o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a jurisprudência anterior, firmada no final de 2003, admitia a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) ou a partir de resolução editada pelo Senado Federal. Esse posicionamento, no entanto, segundo palavras do Ministro João Otávio de Noronha, gerava embaraço e desconforto nos julgamentos, razão pela qual a maioria dos ministros resolveu revisar o posicionamento a favor da tese dos "cinco mais cinco". A adoção da regra geral dos "cinco mais cinco", segundo o eminente Ministro, visa conferir mais segurança à prática tributária.

Essa tese, sem dúvida, é menos suscetível às inseguranças do mundo jurídico e é o que melhor se harmoniza com o perfil duplice do controle judicial de constitucionalidade das normas, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. De fato, os contribuintes não podem ficar à espera de que uma eventual resolução do Senado seja publicada, resolução esta que sequer poderá acontecer. Ademais, permitir que uma decisão *inter partes* passe a repercutir de maneira geral é o mesmo que estender o limite da coisa julgada para além dos quadrantes do processo para atingir a esfera de interesses de quem não foi parte na relação processual. Ao se admitir tal possibilidade, estar-se-ia desnaturando a clássica distinção entre o controle de constitucionalidade por via da ação e o controle por via de exceção, aproximando-se os seus efeitos.

Finalmente, em tempo, oportuno registrar o disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005⁵. Sobre a matéria, segundo noticiam os Embargos de Declaração nº 327.043/DF, a nova regra – de cinco anos contados a partir do pagamento indevido, introduzida pela Lei Complementar –, aplica-se somente aos pedidos administrativos ou ações judiciais protocoladas ou ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005. Antes do pedido, vale a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, geral de 10 anos.

Tendo em vista que o pedido foi formulado em 14/06/2002, relativo aos períodos de 04/1989 a 09/1995, manifesto o meu voto no sentido de afastar a decadência.

II - SEMESTRALIDADE

Afastada a decadência, cabe analisar a semestralidade da base de cálculo do PIS.

⁵ "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."

9



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	27 / 12 / 2006
Andreza Nascimento Schmitkal Mat. SIAPE 1377389	

2ª CC-MF
Fl.

Recorde-se que a contribuição para o PIS, instituída pela Lei Complementar nº 7, de 1970, com as alterações determinadas pela Lei Complementar nº 17, de 1973, teve sua regência modificada pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram suas execuções suspensas pela Resolução nº 49, de 1995, do Senado Federal, em outubro/2000.

Tenho comigo que a Lei Complementar nº 07/70 estabeleceu, com clareza (muito embora admita que o conceito de clareza é relativo, dependendo do intérprete), que a base de cálculo da contribuição para o PIS é o valor do faturamento do sexto mês anterior, ao assim dispor, no seu art. 6º, parágrafo único:

"A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente."

Assim, a empresa, com respaldo no texto acima transcrito, não recolhe a contribuição de seis meses atrás. Recolhe, isto sim, a contribuição do próprio mês. A base de cálculo é que se reporta ao faturamento de seis meses atrás. Logo, o fato gerador ocorre no próprio mês em que o encargo deve ser recolhido. Dessa forma, claro está que uma empresa, ao iniciar suas atividades, nada deve ao PIS, durante os seis primeiros meses, ainda que já tenha formado a sua base de cálculo, como também é verdade que, quando da sua extinção, nada deverá recolher sobre o faturamento ocorrido nos últimos seis meses, pois não terá ocorrido o fato gerador. Como bem lembrado pelo respeitável Antônio da Silva Cabral (Processo Administrativo Fiscal – Ed. Saraiva – 1993 – págs. 487/488) "... os juristas, são unânimes em afirmar que o trabalho do intérprete não está mais em decifrar o que o legislador quis dizer, mas o que realmente está contido na lei. O importante não é o que quis dizer o legislador, mas o que realmente disse."

No mais, feitas as considerações iniciais, considerando que a semestralidade da base de cálculo, devida até o período de fevereiro de 1996, é matéria já pacífica nesta Segunda Câmara, na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais⁶, deixo de tecer maiores comentários, devendo ser o crédito apurado pelo contribuinte, pelo critério do parágrafo único do art. 6º da LC nº 07/70. A atualização monetária, até 31/12/95, dos valores recolhidos indevidamente deve ser efetuada com base nos índices constantes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/Cosit/Cosar nº 08, de 27/06/97, devendo incidir a taxa Selic a partir de 01/01/96, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, até a data da efetiva compensação.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o acima exposto, voto no sentido de:

I - afastar a decadência, pela regra interpretativa dos 10 anos; e

II - reconhecer o direito ao recálculo de seu crédito segundo o critério do parágrafo único do art. 6º da LC nº 07/70 – semestralidade da base de cálculo –, sem a atualização monetária. Crédito este atualizado posteriormente com base nos índices constantes

⁶ Cf. STJ, Primeira Seção, REsp nº 144.708, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 29/05/2001. Quanto à CSRF, dentre outros, cf. acórdãos CSRF/02-01.570, j. em 27/01/2004, unânime; CSRF/02-01.186, j. em 16/09/2002, unânime; e CSRF/01-04.415, j. em 24/02/2003, maioria.

10



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

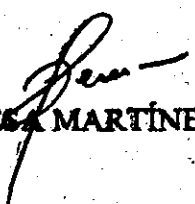
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	27, 12, 2006
Ansch.	
Andrezza Nascimento Schimcik Mat. Siapex 1377389	

2ª CC-MF
Fl.

da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/Cosit/Cosar nº 08, de 27/06/97, devendo incidir a taxa Selic a partir de 01/01/96, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Por oportuno, a compensação, no entanto, fica condicionada à verificação da documentação comprobatória da legitimidade de tais créditos, que possam assegurar certeza e liquidez, cabendo ao órgão local da SRF verificar a legitimidade dos mesmos e proceder à conferência dos valores envolvidos.

Sala de Sessões, em 20 de outubro de 2006.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27, 12, 2006
Andrezza Nascimento Schmeikal
Mat. SIAPE 1377389

2ª CC-MF
Fl.

**VOTO DO CONSELHEIRO
ANTONIO ZOMER
(DESIGNADO QUANTO À DECADÊNCIA)**

Cuidarei neste voto exclusivamente da questão da decadência para se pleitear a restituição de indébitos do PIS pago com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988.

A recorrente, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, defende a tese de que teria 10 (dez) anos para exercer esse direito.

Com efeito, o STJ tem acolhido a tese de que, no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário de que trata o art. 168, I, do CTN, ocorre com a combinação do pagamento antecipado e a homologação do lançamento, referidos no art. 156, VII, do CTN. Assim, se o contribuinte antecipa algum pagamento, o prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º, do CTN, só começaria a fluir a partir da homologação do lançamento. Se a homologação for expressa, os cinco anos do prazo de decadência contam-se a partir desta data. Se for tácita, contam-se os cinco anos a partir do exaurimento do quinquênio previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

O art. 156, VII, do CTN, estabelece que:

"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º." (grifei)

O dispositivo realmente exige a conjugação de dois fatos, que são a ocorrência de um pagamento antecipado e a homologação do lançamento, que pode ser tácita ou expressa.

Entretanto, a interpretação a ser dada ao art. 156, VII, do CTN, deve levar em conta que o art. 150, § 1º, consigna que *"(...) O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento."* (destaquei)

Por outro lado, o art. 127 do Novo Código Civil deixa claro que, quando a condição é resolutiva, o ato jurídico tem eficácia desde o momento de sua constituição, ao estabelecer que *"(...) Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecida.(...)"* (destaquei).

O disposto nos §§ 2º e 3º de art. 150 do CTN permite concluir que, mesmo no caso de o pagamento antecipado ser parcial, o valor pago será descontado do que for apurado posteriormente pelo Fisco. Em outras palavras, isto significa que o pagamento antecipado, ainda que em montante menor do que o devido, gera efeitos jurídicos a partir do momento em que é efetuado, uma vez que o sujeito passivo passa a ser titular de direitos mesmo antes da homologação tácita ou expressa.

Com efeito, uma vez efetuado o pagamento antecipado, o contribuinte não precisa aguardar que sobrevenha a homologação tácita ou expressa para requerer certidão negativa de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	27, 12, 2006
Andreza Nascimento Schmeikal	
Mat. SIAPE 1377389	

2ª CC-MF
FL

débitos, nos termos do art. 205 do CTN, pois este direito surge no momento do pagamento, que *extingue o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação*.

A tese dos dez anos só seria válida se o art. 150, § 1º, do CTN, extinguisse o crédito sob condição suspensiva da ulterior homologação do lançamento. Como o legislador estabeleceu que a condição é resolutória, a extinção definitiva do crédito tributário ocorre no momento da antecipação do pagamento e somente em relação ao montante antecipado. Os efeitos da homologação ou da não-homologação, para o fim de exigir-se eventuais diferenças, retroagem à data do pagamento.

Desse modo, como o art. 168, I, do CTN, fixa como *dies a quo* do prazo de decadência a data da extinção do crédito tributário, o prazo para pleitear a restituição ou compensação, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento indevido e não da homologação.

Este entendimento foi chancelado pelo legislador, por meio de interpretação autêntica, com a publicação da Lei Complementar nº 118, em 09/02/2005. No art. 3º desta LC o legislador estabeleceu que, para os efeitos do disposto no art. 168, I, do CTN, a extinção do crédito tributário, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do referido Código.

Tratando-se de norma expressamente interpretativa, as disposições do art. 3º da LC nº 118/2005 devem ser obrigatoriamente aplicadas aos casos ainda não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN, que tem caráter imperativo.

Embora caminhe no sentido de que o prazo para pedir restituição/compensação de indébitos tributários é sempre de 5 (cinco) anos, a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes faz importante distinção quando o pedido decorre de situação jurídica conflituosa, que tenha culminado em declaração de inconstitucionalidade de lei. Nesses casos, tem-se entendido que o *dies a quo* da contagem do prazo decadencial é a data da declaração de inconstitucionalidade, pois é somente a partir dela que o pagamento, antes legalmente válido, torna-se indevido.

Se a inconstitucionalidade é declarada em caráter difuso, a contagem do prazo decadencial para terceiros será iniciada quando a decisão do STF ganha efeito *erga omnes*, o que acontece com a publicação de Resolução pelo Senado Federal.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais sintetizou bem essa questão no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, cuja ementa tem o seguinte teor:

"Decadência. Pedido de Restituição. Termo Inicial.

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:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIn;*
- b) da Resolução do senado que confere efeito 'erga omnes' à decisão proferida 'inter partes' em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;*
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária."*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13855.000838/2002-64
Recurso nº : 133.033
Acórdão nº : 202-17.453

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27, 12, 2006
Andreza
Andreza Nascimento Schmeikal
Mat. Ntipe 1377389

2ª CC-MF
Fl.

Nesta Segunda Câmara as decisões têm seguido a mesma linha da CSRF, como demonstra a ementa do Acórdão nº 202-15.492, de 17/03/2004, da lavra da Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, assim redigida:

"PIS - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO SOBRE RECOLHIMENTOS EFETUADOS COM BASE EM NORMAS DETERMINADAS INCONSTITUCIONAIS - PRAZO DECADENCIAL - 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). A contagem do prazo decadencial para pleitear a repetição da indevida incidência apenas se inicia a partir da data em que a norma foi declarada inconstitucional, vez que o sujeito passivo não poderia perder direito que não podia exercer.(...)"

Considerando que a incidência da contribuição para o PIS, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, só veio a ser afastada para a recorrente em 10/10/1995, com a publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, deve ser este o dia do início da contagem do prazo decadencial dos pedidos de restituição dos valores pagos a maior com base nesses dispositivos legais declarados inconstitucionais.

Perfazendo o lapso temporal de 5 (cinco) anos, contados de 11/10/1995, tem-se o seu término em 10/10/2000.

In casu, como o pleito foi apresentado em 14 de junho de 2002, quando já se havia esgotado o prazo legal para sua apresentação, a recorrente não tem mais direito de reaver os indébitos objeto do presente processo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Sala de Sessões, em 20 de outubro de 2006.

ANTONIO ZOMER