



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA

Processo nº 13891.000156/00-64
Recurso nº 202-131.566 Especial do Procurador
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE PIS
Acórdão nº 02-03.473
Sessão de 01 de setembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CUTELARIA CAVALINHO LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/1988 a 30/06/1994

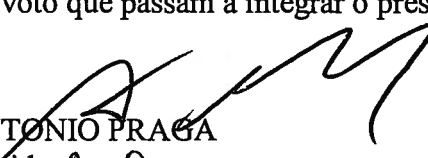
REPETIÇÃO DE INDÉBITO. *DIES A QUO*.

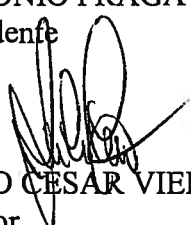
Somente após a Resolução do Senado Federal suspensiva dos efeitos da norma declarada inconstitucional em controle difuso é que se forma o indébito e, portanto, inicia-se o prazo prescricional para sua repetição, "*dies a quo*".

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, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO PRAGA
Presidente


JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES
Relator

FORMALIZADOEM: 05 JUN 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Antonio Praga (Presidente da CSRF), Antonio Carlos Guidoni Filho (substituto do vice-presidente da CSRF), a Maria Coelho Marques, Dalton César Cordeiro de Miranda, Henrique Pinheiro Torres, a Teresa Martínez López, Antonio Carlos Atulim, Gileno Gurjão Barreto, Julio Cesar ra Gomes, Leonardo Siade Manzan, Elias Sampaio Freire, Rycardo Henrique Magalhães

de Oliveira, Gilson Macedo Rosenburg Filho e Manoel Coelho Arruda Júnior (substituto convocado).

Relatório

Trata-se de recurso especial, início às fls. 162, interposto pela Fazenda Nacional contra Acórdão, início às fls. 150, no qual, por maioria de votos, decidiu-se dar provimento parcial ao recurso, adotando a contagem do prazo prescricional para pedido de restituição/compensação do PIS a partir da Resolução do Senado Federal nº 49/95.

O recurso foi baseado no art. 5º, I, do então vigente Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98. Alega o ilustre representante da Fazenda Nacional que a decisão teria violado os artigos 165 e 168 do CTN, pois o prazo para o pedido de restituição é de cinco anos contados da data do pagamento indevido além do artigo 3º da LC nº 118/2005. Aponta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Conselhos de Contribuintes. .

Por meio do despacho às fls. 173, deu-se seguimento ao recurso especial, reconhecendo-se a contrariedade à lei.

Cientificado do Acórdão recorrido, do recurso especial interposto e do despacho que lhe deu seguimento, o interessado apresentou contra-razões, onde rebate as alegações do especial.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Relator

A controvérsia se instaurou em face de entendimentos divergentes quanto ao termo “*a quo*” para contagem do prazo prescricional relativo ao direito de repetição do indébito em face da Resolução do Senado Federal nº 49, de 09/10/95 que, nos termos do artigo 52, X da Constituição Federal, suspendeu a execução dos Decretos-leis nº 2.445/88 e 2.449/88, estendendo para todos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, efeito “*erga omnes*”.

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 *indevido*, 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

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

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:

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.

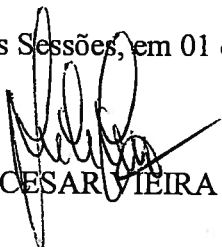
No mesmo recurso especial acima transcrito também se firmou entendimento na Corte Especial que, uma vez adotada a tese dos cinco mais cinco anos para os tributos de lançamento por homologação, não haveria de se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da 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 *vênia*, 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.

Em síntese, entendo que somente após a Resolução Senatorial é que se forma o indébito e, portanto, inicia-se o prazo prescricional para sua repetição, "*dies a quo*".

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

Sala das Sessões, em 01 de setembro de 2008.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

