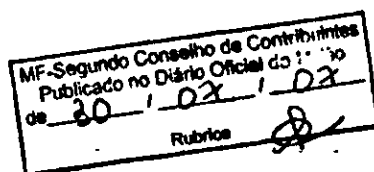




Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031



Recorrente : WERIL INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA.  
Recorrida : DRJ EM CAMPINAS/SP

**NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. PIS/PASEP. PERÍODOS DE APURAÇÃO 10/95 A 02/96. MP Nº 1.212, DE 28/11/95. PAGAMENTOS A MAIOR. ADI Nº 1.417. LIMINAR DEFERIDA EM 07/03/96 E PUBLICADA EM 24/05/96. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO PARA O PEDIDO. CINCO ANOS A CONTAR PUBLICAÇÃO DA LIMINAR. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário relativo a pagamentos a maior do PIS nos períodos de apuração 10/95 a 02/96, realizados de acordo com a MP nº 1.212, de 28/11/95, extingue-se em cinco anos, a contar de 24/05/96, data de publicação da liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.417, julgada em 07/03/96.**

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **WERIL INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA.**

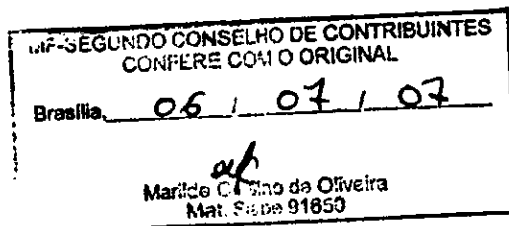
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em negar provimento ao recurso, face à decadência, nos seguintes termos: I) por maioria de votos, para acolher a decadência, tendo sido considerada a data de publicação da liminar deferida pelo STF na ADIN nº 1.417, como marco para a contagem inicial do prazo decadencial de cinco anos (24/05/1996). Contra essa tese, em primeira rodada, foram vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho, Dory Edson Marianelli e Antonio Bezerra Neto que consideravam decaídos os recolhimentos efetuados após 5 (cinco) anos do pagamento indevido. Ainda contra a tese vencedora, em segunda rodada, na qual todos participaram, foram vencidos os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Ivan Allegretti (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda (Relator) que consideravam como marco para a contagem do início do prazo decadencial de cinco anos, a data do trânsito em julgado da decisão do STF (16/08/1999). Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2007.

Antonio Bezerra Neto  
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis  
Relator-Designado

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva.  
Eaal/inp





Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

Recorrente : WERIL INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA.


### RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto por WERIL INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA., contra Acórdão da DRJ em Campinas que manteve o indeferimento de pedido administrativo de restituição formulado, sob o argumento de que o direito reclamado restara extinto.

A interessada reclama a restituição dos valores do PIS supostamente recolhidos a maior e para o período de outubro de 1995 a outubro de 1998, pois que a exação fora exigida com fundamento na MP nº 1.212/95. O pedido em comento foi formulado em 24/09/2001

Não conformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário a este Colegiado, onde pugna pela reforma da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para que lhe seja confirmado o direito aos créditos por ela pretendidos.

É o relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>06 / 07 / 07</u>
 Marilda Cassino de Oliveira Mat. Spsps 81650

*Cup*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 06 / 07 / 07
 Marildo Corsino de Oliveira Mat. Slape 91650

2ª CC-MF Fl. _____
--------------------------

### VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR

DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Do exame dos autos, constata-se que a questão do litígio versa sobre pedido de restituição e/ou compensação da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS referente ao período compreendido entre outubro/1995 a outubro de 1998, e a baixa dos débitos originários do não recolhimento da contribuição nesse período. Para justificar sua pretensão a reclamante argumenta que, com a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, editou-se a MP nº 1.212/95 - sucessivamente reeditada e, finalmente, convertida na Lei nº 9.715/98 - com o intuito de normatizar o PIS. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o dispositivo (art. 18 da Lei 9.715/1996 e art. 17 das medidas provisórias convertidas nessa lei) que determinava a aplicação retroativa das normas insertas na Medida Provisória nº 1.212/1995 e suas reedições (que culminaram na Lei 9.715/1998) aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/10/1995. Com isso, no entender da reclamante, teria deixado de existir de fatos geradores de PIS no período compreendido entre outubro de 1995 a outubro de 1998.

De outro lado, o Fisco indeferiu o pleito da interessada, sob o argumento de que os créditos pretendidos pela interessada já se encontravam alcançados pela decadência, em razão de haver transcorrido o prazo de 05 anos entre a extinção do crédito tributário pelo pagamento e a interposição do pedido de restituição.

O presente caso, em face do direito de pleitear a restituição, se enquadra dentre aqueles em que o indébito resta exteriorizado por situação jurídica conflituosa segundo a terminologia adotada no Acórdão nº 108-05.791, da lavra do ilustre Conselheiro José Antonio Minatel, cujas razões de decidir, neste particular, aqui adoto como se aqui estivessem transcritas em sua integralidade.

O caso presente trata justamente de repetição de indébito exurgido de situação jurídica conflituosa onde o Supremo Tribunal Federal, em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, retirou do mundo jurídico o dispositivo inserto no artigo 18, da Lei nº 9.715/1998 (art. 17 das medidas provisórias que resultaram na conversão dessa lei) que determinava a aplicação retroativa da Medida Provisória 1.212/1995, de suas reedições e da Lei nº 9.715/1996 aos fatos geradores do PIS ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995. O resultado do julgamento dessa ADIN foi publicado no *Diário da Justiça* (edição extra) que circulou em 16/08/1999. Desta feita, o termo inicial do prazo extintivo do direito de repetir o indébito objeto do presente processo começou a fluir nessa data (16/08/1999) e completar-se-á em 16/08/2004. Assim, é de se afastar a prejudicial de decadência suscitada na decisão recorrida.

Superada a questão da decadência, passa-se, de imediato, à do mérito propriamente dito. Como relatado, a pretensão da reclamante funda-se na suposta inexistência de fatos geradores de PIS no período compreendido entre outubro de 1995 e outubro de 1998, posto que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional parte do artigo 18, da Lei 9.715/1998, exatamente a expressão *aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de*

*Cuf*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 06 / 04 / 07

  
Marildo Cursino de Oliveira  
Mat. Sisepe 91650

2º CC-MF  
Fl.

1995. Com isso, no entender da reclamante, somente a partir da edição da Lei 9.715/1996, de 25/11/1998 é que se poderia exigir a contribuição para o PIS.

A meu sentir, a tese de defesa não merece ser acolhida pois, como se pode verificar do inteiro teor do voto do relator da ADIN, Ministro Octávio Gallotti, a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF restringiu-se, tão-somente, à parte final do artigo 18 da Lei 9.715/1998, sendo que os demais dispositivos da Lei foram mantidos integralmente. Esse artigo correspondia ao art. 15 da Medida Provisória nº 1.212/1995, publicada em 29 de novembro de 1995, que já trazia a expressão “*aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995*”. E a única mácula encontrada na lei, que resultou da conversão dessa medida provisória e de suas reedições, foi justamente essa expressão que feriu o princípio da irretroatividade da lei, haja vista que a Medida Provisória fora editada em 29 de novembro daquele ano e os seus efeitos retroagiam a 1º de outubro do mesmo ano. Assim, decidi por bem o Guardião da Constituição suspender, já em sede de liminar, a parte final do artigo 17 da Medida Provisória nº 1.325/1996, que correspondia à parte final do artigo 15 da MP 1.212/1995 e que deu origem ao artigo 18 da Lei 9.715/1998. Com isso, o artigo 17 da MP 1.325/1995 passou a vigor com a seguinte redação: ***Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.*** Como essa MP representa a reedição da MP 1.212/1995, o artigo desta correspondente ao art. 17 da MP 1.305/1996, também passou a vigor com a mesma redação acima transcrita. Em outras palavras, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995*” a MP 1.212/1995, suas reedições e a Lei 9.715/1998 passaram também a vigor na data de sua publicação.

Por outro lado, a Medida Provisória 1.212/1995, reeditada inúmeras vezes, teve a última de suas reedições convertida em lei, o que tornou definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* sem solução de continuidade, desde a primeira publicação, *in casu*, desde 29 de novembro de 1995, preservada a identidade originária de seu conteúdo normativo. Em resumo, o conteúdo normativo da Medida Provisória 1.212/1995 passou a vigor desde 29/11/1995, e tornou-se definitivo com a Lei 9.715/1998. Todavia, por versar sobre contribuição social, somente produziu efeitos após o transcurso do prazo de noventa dias, contados de sua publicação, em respeito à anterioridade nonagesimal das contribuições sociais. Daí, que até 29 de fevereiro de 1996, vigeu para o PIS, a lei 7/70 e suas alterações. A partir de 1º de março de 1996, passou então a vigorar, plenamente, a norma trazida pela MP 1.212/1996, suas reedições e, posteriormente a lei de conversão (Lei 9.715/1998).

Diante disso, é de se reconhecer a total improcedência da tese de defesa, segundo a qual, no período compreendido entre outubro de 1995 e 25 de outubro de 1998 inexistiu fato gerador da contribuição para o PIS.

Por oportuno, registro aqui o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, expendido no julgamento do <sup>1</sup>RE 168.421-6, rel. Min. Marco Aurélio, que versava sobre questão semelhante a aqui discutida.

*(..) uma vez convertida a medida provisória em lei, no prazo previsto no parágrafo único do art. 62 da Carta Política da República, conta-se a partir da veiculação da primeira o*

<sup>1</sup> Informativo do STF nº 104, p. 4.

*caj*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 06 / 07 / 07  
*de*  
Marilda Cursino de Oliveira  
Mat. Siage 91650

2ª CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

Processo n° : 13898.000161/2001-87  
Recurso n° : 131.956  
Acórdão n° : 203-12.031

*período de noventa dias de que cogita o § 6º do art. 195, também da Constituição Federal. A circunstância de a lei de conversão haver sido publicada após os trinta dias não prejudica a contagem, considerado como termo inicial a data em que divulgada a medida provisória.*

Por fim, cabe reforçar que, com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 18 da Lei n° 9.715/1998, que suprimia a anterioridade nonagesimal da contribuição, as alterações introduzidas na Contribuição para o PIS pela MP n° 1.212/1995 passaram a surtir efeitos a partir de março de 1996; anteriormente a essa data, aplicava-se o disposto na Lei Complementar n° 7/1970, onde a base de cálculo era o faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador (semestralidade do PIS) e a alíquota era de 0,75%

No tocante à semestralidade da contribuição, a questão foi magistralmente enfrentada pelo Conselheiro Natanael Martins, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário n° 11.004, originário da 7ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Desta forma, não há como negar que a base de cálculo do PIS deve ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador dessa contribuição, entre os períodos de outubro de 1995 e fevereiro de 1996, a partir de março de 1996, quando passaram a vigor as alterações introduzidas pela MP n° 1.212/95, suas reedições, e, posteriormente, a Lei n° 9.715/1998, o PIS deve ser exigido nos exatos termos dessa nova legislação.

No tocante à atualização dos valores do indébito, deve-se observar os índices estabelecidos nas normas legais da espécie, porquanto a correção monetária, em matéria fiscal, depende sempre de lei que a preveja.

Desse modo, a correção monetária dos indébitos, até 31.12.1995, deverá ater-se aos índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR n° 08, de 27.06.97, que correspondem àqueles previstos nas normas legais da espécie, bem como aos admitidos pela Administração, com base nos pressupostos do Parecer AGU n° 01/96, para os períodos anteriores à vigência da Lei n° 8.383/91, quando não havia previsão legal expressa para a correção monetária de indébitos.

A partir de 01.01.96, sobre os indébitos passa a incidir, exclusivamente, juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao da compensação ou restituição, e de 1%, relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada, por força do art. 39, § 4º, da Lei n° 9.250/95.

Em resumo, é de se admitir o direito da recorrente a eventuais indébitos do PIS, recolhidos, **no período compreendido entre outubro de 1995 a fevereiro de 1996**, nos moldes da Medida Provisória 1.212/1995 e reedições, considerando como base de cálculo, nesse período, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador e a alíquota de 0,75%. Esses indébitos devem ser corrigidos segundo os índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR N° 08, de 27.06.97 até 31.12.1995, sendo que, a partir dessa data, passa a incidir, exclusivamente, juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao da compensação ou restituição, e de 1%, relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

*Cuf*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF  
Fl.

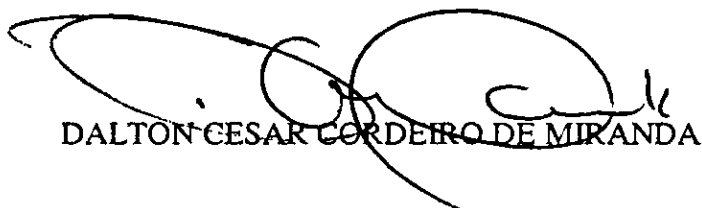
Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

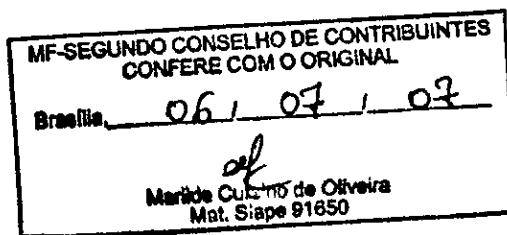
Os indébitos assim calculados, depois de aferida a certeza e liquidez dos mesmos pela administração tributária, poderão ser compensados com parcelas de outros tributos e contribuições administrados pela SRF, observados os critérios estabelecidos na Instrução Normativa SRF nº 21, de 10.03.97, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa SRF nº 73, de 15.09.97.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso para determinar a observância da semestralidade do PIS entre os períodos de outubro/1995 e fevereiro/1996.

É como voto.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2007.

  
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA





Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 13898.000161/2001-87  
Recurso n° : 131.956  
Acórdão n° : 203-12.031

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Breella: 06 / 07 / 07
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. SIAPE 91850

2º CC-MF Fl. _____
--------------------------

VOTO DO CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS  
RELATOR-DESIGNADO

Divirjo do ilustre relator, por interpretar que na situação em tela o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é o dia 24/05/96, data da publicação da liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 1.417, vez a data do seu trânsito em julgado.

Neste julgado o STF, em função da anterioridade nonagesimal inserta no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, por unanimidade de votos concedeu a medida cautelar “para suspender o efeito retroativo imprimido, a cobrança, pelas expressões contidas no art. 17 da M.P. no 1.325-96.”

O referido art. 17 da MP n° 1.325, 06/02/96, corresponde ao art. 18 da Lei n° 9.715, de 25/11/98, ambos determinando que as novas disposições referentes ao PIS se aplicavam aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995.

Como a medida cautelar concedida em ação direta de inconstitucionalidade possui eficácia *erga omnes* (neste sentido o art. 11, § 1º, da Lei n° 9.868, de 10/11/99, que dispõe de forma expressa sobre a eficácia contra todos), desde a data da publicação da liminar concedida na ADI n° 1.417 restou suspensa a cobrança do PIS com base na MP n° 1.212/95 e suas reedições, no período anterior a março de 1996. Com isso o direito à repetição do indébito respectivo pôde ser exercido a partir de 24/05/96, data a partir da qual começou a contar o prazo prescricional para a ação judicial, bem como o prazo decadencial para a ação administrativa correlata.

Na apreciação do mérito da ADI n° 1.417, em 02/08/99 (DJ 23/03/2001), em votação unânime o STF julgou conforme a seguinte ementa, *verbis*:

*Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei n° 8.715-98.*

(Negrito acrescentado).

Também em 02/08/99 o STF julgou o Recurso Extraordinário n° 232.896-PA, cuja ementa é a seguinte:

**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL: MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO. I. - Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória. II. -**



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 06 / 07 / 07

  
Marilda Curcio de Oliveira  
Mat. Slap 91650

2º CC-MF  
Fl.

*Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28.11.95 "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18. III. - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. IV. - Precedentes do S.T.F.: ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 15.8.97; ADIn 1.610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T., 25.5.98. V. - R.E. conhecido e provido, em parte.*

(Negrito acrescentado).

Nos dois julgamentos acima referidos, a aplicabilidade das novas disposições sobre o PIS foi declarada inconstitucional a partir de outubro de 1995 em virtude da retroatividade estabelecida na MP nº 1.212, publicada em 29.11.95, e não porque o prazo nonagesimal deveria ser contado somente a partir da Lei. Como é cediço, o STF sempre admitiu a instituição ou majoração de tributos por meio de medida provisória, com vigência a contar da primeira edição. Esta é a jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal.

A despeito de julgados considerando a reedição de medidas provisórias inconstitucional, o Pleno do STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.533-DF, entendeu ser constitucional a reedição (decisão proferida em 09/12/96, Relator Min. Octávio Galloti). Noutra decisão, datada de 28.01.97 e publicada no DJU de 04.02.97, pgs. 965/967, o Min. Celso de Melo, apesar de pessoalmente contrário à maioria do Tribunal, acatou a tese de constitucionalidade da reedição das medidas provisórias, para indeferir o pedido de suspensão cautelar da eficácia da norma inscrita no art. 6º da MP nº 1.534-1/97.

Em função dos pronunciamentos do STF, e em consonância com o art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a incidência do PIS, na forma da Lei nº 9.715/98, começa em 1º de março de 1996 (noventa dias após a MP nº 1.212, publicada em 29.11.95).

A Secretaria da Receita Federal, em obediência à anterioridade nonagesimal e reportando-se ao Recurso Extraordinário nº 232.896-3-PA (melhor seria ter se referido à medida cautelar ADI nº 1.417, cuja eficácia é *erga omnes*, diferentemente do julgamento em sede de controle de constitucionalidade difusa, com eficácia restrita às partes), editou a Instrução Normativa SRF nº 6, de 19.02.2000, vedando a constituição de crédito tributário referente ao PIS/PASEP com base nas alterações introduzidas pela MP nº 1.212/95, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, e determinando para o período a aplicação das Leis Complementares nº 7 e 8, de 1970.

Embora a IN SRF nº 6 mencionada só tenha sido editada muito tempo depois da medida cautelar deferida na ADI nº 1.417, é certo que os contribuintes não precisaram esperá-la para ingressar com a ação de repetição de indébito, seja na via judicial, seja na administrativa. Tal ingresso pôde ser feito desde 24/05/96, data de publicação da cautelar mencionada.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 24/09/2001, qualquer pagamento realizado antes de 24/09/1996, referente aos fatos geradores do PIS compreendidos no período de outubro de 1995 a fevereiro de 1996 (estes os meses passíveis de restituição, não fosse a decadência), já decaíram.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

2º SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 06, 07, 07  
Márcio Cristiano de Oliveira  
Mat. Sincro 91650

2ª CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça interpreta diferente. Passou o Tribunal a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente da origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.

Não me parece a melhor tal interpretação, segundo a qual na existência de pagamento antecipado (para o STJ quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação) o início da contagem do prazo prescricional no final dos cinco anos contados a partir do pagamento (ou do fato gerador, no caso da decadência), "duplicando" para 10 anos o intervalo.

*Tal exegese considera que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.<sup>2</sup> O Tribunal tem examinado em conjunto os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN e deslocado o dies a quo da decadência para o final dos cinco anos referidos no art. 150, § 4º, contando a partir de então outro quántuplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o dies ad quem passa para 10 anos após o fato gerador.*

*Todavia, se levado em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do direito recebesse um prêmio (a dilação do termo inicial da decadência) por não exercê-lo no prazo prefixado. Da mesma forma com o prazo prescricional para repetição de indébito: quem pagou a maior ou indevidamente, por não exercer o direito nos primeiros cinco anos, estaria a receber como "prêmio" idêntica dilação de prazo.*

*É certo que o lançamento por homologação pode ser lançado tão logo acontecido o fato gerador. Assim, o termo poderia, inserido no art. 173, I do CTN para delimitar o marco inicial da decadência, precisa ser interpretado como se referindo ao início do tempo em que o lançamento de ofício (em substituição do de homologação, no caso de imposto devido maior que o apurado pelo contribuinte) pode ser feito, não o contrário, como pretende o STJ, ao interpretar que o prazo para o lançamento de ofício só começa após o fim do prazo para homologação.*

Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar ou valor a restituir, inclusive) -, também o prazo prescricional para a repetição do indébito começa do pagamento antecipado, que extingue a obrigação tributária consoante o § 1º do mesmo artigo. Essa a regra geral, que só não se aplica na situação em tela porque a inconstitucionalidade foi reconhecida após os pagamentos.

Como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da actio nata: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), descabe, *data venia*, considerar a data do pagamento, que deve ser substituída pela data de publicação da decisão cautelar ou de mérito na ADI (situação em tela, de controle de constitucionalidade concentrado), da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou da

<sup>2</sup> Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13898.000161/2001-87  
Recurso nº : 131.956  
Acórdão nº : 203-12.031

publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior aos dois primeiros.

Pelo exposto, e em virtude da decadência do direito à repetição do indébito, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2007.

  
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

