

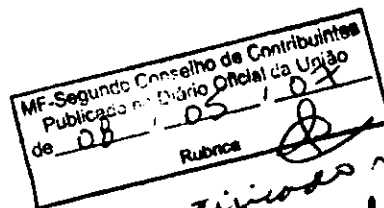


MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

Recorrente : SHELL BRASIL S/A.
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFER. COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

PIS. PRAZO DECADENCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO REFERENTE AOS DECRETOS-LEIS n°s 2.445/88 e 2.449/88. O prazo de prescrição/decadência para requerer-se restituição/compensação de valores referentes a indêbitos exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, que, em sede de controle incidental, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei tributária, começa a fluir para todos os contribuintes a partir do momento em que a decisão do Excelso Tribunal passou a ter efeitos *erga omnes, in casu*, da data de publicação da resolução do Senado da República que suspendeu o dispositivo inquinado de inconstitucionalidade e exaure-se, impreterivelmente, após o transcurso do prazo quinquenal.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO REFERENTE À EXIGÊNCIA COM BASE NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.212/1995 E REEDIÇÕES. O termo inicial de contagem do prazo de decadência para solicitação de restituição/compensação de valores pagos a maior não coincide com o dos pagamentos realizados quando o indêbito exsurge de anulação da norma tributária instituidora ou modificadora do tributo, mas com a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de ADIn, a declarou inconstitucional. Já para a hipótese de a pretendida repetição fundar-se em suposta inaplicação da legislação instituidora da exação fiscal, que não teve sua vigência e eficácia obstadas judicialmente, o prazo decadencial começa a fluir na data de extinção do crédito tributário pelo pagamento e exaure-se, impreterivelmente, com o decurso do quinquênio legal.

Prejudicial de decadência parcialmente acolhida.

PIS. COMPENSAÇÃO. Com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 18 da Lei nº 9.715/98, a contribuição para o PIS, no período compreendido entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, deve ser apurada observando-se que a alíquota era de 0,75% incidente sobre a base de cálculo, assim considerada o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. A partir de 1º de março de 1996, passarão a vigor com eficácia plena as modificações introduzidas na legislação do PIS pela Medida Provisória nº 1.212/95 e suas reedições.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso interposto por:
SHELL BRASIL S/A.

11



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 27/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator. Conselheiro Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski declarou-se impedido de votar. Fez sustentação oral, pela Recorrente, o Dr. Antonio Carlos Garcia de Souza.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004.

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta e Dalton César Cordeiro de Miranda.

/opr

Recorrente : SHELL BRASIL S/A.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos, transcrevo o Relatório do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ro de Janeiro – RJ, fls. 332/338:

“A empresa acima identificada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 250/262) contra o despacho decisório da DERAT/RJO (fls. 242/244), que indeferiu pedido de restituição das parcelas da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, pertinentes aos períodos de dezembro de 1991 a março de 1996 (demonstrativo às fls.02), cumulado com pedido de compensação – fls. 04.

O despacho decisório da DERAT- Rio de Janeiro indeferiu a solicitação do contribuinte, em síntese, com base no decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) e com base no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

O interessado contesta o despacho decisório que indeferiu seu pleito argumentando, em síntese, que:

1) A declaração de inconstitucionalidade dos DLs 2.445/88 e 2.449/88, com eficácia ex tunc, restabeleceu a vigência das regras da Lei Complementar nº 07/70, posteriormente alterada pela LC 17/73, que dispuseram sobre a estrutura do PIS, vigorando tal situação até a edição da Medida Provisória nº 1.212, de 28/11/1995, com eficácia a partir de março de 1996, que conferiu novo tratamento ao PIS;

2) Em relação as empresas comerciais e mistas, o PIS era devido a uma alíquota de 0,75% incidente sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador (LC 07/70, art.6º, parágrafo único), apesar da Fazenda Nacional entender que a base de cálculo do PIS seria a do mês de ocorrência do fato gerador;

3) A incerteza quanto à aplicação do artigo 6º, parágrafo único, da LC nº 07/70, no cálculo do PIS devido até abril de 1996 perdurou até 29/05/2001, quando a 1ª Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial (RESP) nº 258.651, uniformizou o entendimento de suas 1ª e 2ª Turmas, decidindo que, até a MP nº 1.212/95, o PIS deveria ser pago levando-se em consideração o faturamento do sexto mês anterior ao mês de ocorrência do fato gerador e sem a incidência de correção monetária nesse período;

//



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

4) *Vê-se, pois, que a Impugnante possui um crédito decorrente do pagamento a maior do PIS efetuado em desacordo com o art.6º, § único, da LC 7/70 e com a recente jurisprudência do STJ;*

5) *A jurisprudência da 1ª Seção do E. STJ é pacífica no sentido de que, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, do qual o PIS é espécie, o direito do contribuinte pleitear a restituição ou compensação do que pagou indevidamente prescreve em cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da homologação tácita do lançamento;*

6) *A não-prescrição do direito da Impugnante prova-se pela formalização do pedido de compensação antes do decênio iniciado na data dos pagamentos;*

7) *Ressalte-se ainda que a jurisprudência administrativa vem entendendo que, em se tratando de situação conflituosa, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se a partir da data em que o contribuinte viu seu direito reconhecido pela autoridade tributária, citando Acórdãos do Conselho de Contribuintes;*

8) *No caso de situação conflituosa, o direito de o contribuinte pedir a restituição ou compensação do que pagou indevidamente apenas nasce após a administração pública ter reconhecido o seu direito a tratamento tributário mais benéfico, pois somente nesse momento o valor recolhido se torna indevido. Por conseguinte, somente quando reconhecido o direito do contribuinte é que tem início o prazo prescricional para que ele pleiteie a restituição ou compensação dos valores recolhidos indevidamente;*

9) *Assim, de acordo com a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, a Impugnante teria 5 (cinco) anos, contados a partir de 17/08/2001, data da publicação do RE 258.691 acima mencionado, para pleitear a restituição ou compensação do PIS pago a maior no período de janeiro de 1992 a abril de 1996 em razão de não ter observado o disposto no art.6º, parágrafo único, da LC nº 7/70;*

10) *Em resumo, a contribuinte tem direito de utilizar o crédito decorrente do pagamento a maior do PIS, devidamente corrigido desde a data do respectivo recolhimento e com todos os acréscimos legais, para quitar, por compensação, o débito de COFINS do período-base de janeiro de 2002.*

Face ao indeferimento do pedido de restituição, conforme despacho decisório exarado pela DERAT/RJO, foi providenciada pela repartição competente o processo de representação pertinente ao Pedido de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

Compensação (fls. 288/305), porém face à Medida Liminar concedida no Mandado de Segurança nº 2002.51.01.021978-5, os pedidos de compensação continuaram a ser recepcionados no presente processo (fls.307)."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/RJOII nº 1.777, de 10 de janeiro de 2003, fl. 332, assim ementado:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/12/1991 a 31/03/1996

Ementa: INDÉBITO FISCAL. RESTITUIÇÃO/ COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de pleitear restituição e/ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Solicitação Indeferida."

Não conformada com a Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a contribuinte recorreu a este Conselho, fls. 344/363, solicitando a reforma da decisão recorrida, para que sejam deferidos o pedido de restituição e os pedidos/declarações de compensação decorrentes do referido crédito de PIS.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Como relatado, trata-se de pedido de restituição e compensação dos valores recolhidos a título de PIS, relativos aos períodos compreendidos entre dezembro de 1991 e março de 1996, que a reclamante entende haver pago a maior, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e na Medida Provisória nº 1.212/1995 e reedições.

Por meio do Acórdão DRJ/RJOII nº 1.777, de 10 de janeiro de 2.003, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ indeferiu o pleito da interessada sob a alegação de que teria havido o decurso do prazo quinquenal de decadência referente ao direito de repetir, já que este havia começado a fluir a partir da extinção do crédito tributário pelo pagamento, e o pedido de restituição somente fora protocolado na repartição fiscal em 28/12/2001. Portanto, transcorrido mais de cinco anos da extinção do crédito tributário a repetir.

Por seu turno, a contribuinte alega em seu apelo voluntário que o direito a repetir, no caso de autolancamento, ocorre após o decurso de 05 anos, contados da data da homologação do pagamento. Alega, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 produziu efeitos *ex tunc*, retornando-se à aplicabilidade da sistemática anterior, sendo o PIS exigido de acordo com a Lei Complementar nº 07/70, sobretudo no que diz respeito à semestralidade.

É de bom alvitre esclarecer que, muito embora exista divergência doutrinária quanto à natureza do prazo para repetição do indébito - se decadencial ou prescricional - para o deslinde da matéria em apreço, esse questionamento não apresenta qualquer relevância, razão pela qual não será aqui debatido, ficando apenas registrado que, para o caso de restituição é prescricional, pois o pedido reclama uma prestação da parte demandada, enquanto a compensação é um direito potestativo que se vincula a um prazo decadencial. Como no caso em análise os pedidos são cumulados (restituição e compensação) tem-se que os prazos são de prescrição e de decadência, respectivamente.

Havendo questionamento sobre decadência/prescrição, o que, em se confirmando, tem-se por prejudicada a análise do direito à restituição pleiteada, faz-se então necessário examinar, preliminarmente, dita questão.

O direito a repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no artigo 165 do Código Tributário Nacional - CTN. Todavia, como todo e qualquer direito, esse também tem prazo para ser exercido, *in casu*, 05 anos contados nos termos do artigo 168 do CTN, da seguinte forma:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

I. da data de extinção do crédito tributário nas hipóteses:

- a) de 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;
- b) de 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;

II. 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 nas hipóteses:

- a) de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Como visto, duas são as datas que servem de marco inicial para contagem do prazo extintivo do direito de repetir o indébito, a de extinção do crédito tributário e a do trânsito em julgado de decisão administrativa ou judicial. Acontece, porém, que o caso ora em discussão não se enquadra perfeitamente em nenhuma das hipóteses acima aludidas, fazendo-se necessário ajustar o termo *a quo* da contagem do prazo extintivo do direito a repetir o indébito de tal sorte que o marco inicial venha a coincidir com o momento em que se exteriorizou para o sujeito passivo esse direito, *in casu*, a data de publicação da Resolução nº 49, do Senado da República, 10 de outubro de 1995, para os indébitos referentes a pagamentos efetuados com base nos indigitados decretos-leis, e a data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de ADIn, declarou a inconstitucionalidade de parte do artigo 18 da Lei nº 9.715/98 que vulnerava o princípio constitucional da irretroatividade da lei, bem como o da anterioridade nonagesimal das contribuições sociais.

I – Dos indébitos referentes a pagamentos feitos sobre a égide dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88.

Essa questão do *dies a quo* para o reconhecimento ou não de haver a recorrente decaído do direito de pleitear a restituição/compensação dos pagamentos a maior da Contribuição ao PIS efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, nos moldes em que formulada nestes autos, foi apascentada neste Colegiado nos termos postos no Acórdão n.º 108-05.791, cujo voto condutor levou a assinatura do ilustre Conselheiro José Antonio Minatel. Todavia, os novos fundamentos trazidos nas decisões recorridas e, também, nos recursos apresentados pelos contribuintes, levaram o insigne Conselheiro Dalton César



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Cordeiro de Miranda a reestudar a matéria e, desse estudo, resultou o brilhante voto¹, que faço questão de transcrevê-lo como fundamento de minha decisão.

"Em preliminar, volto meus esforços para a análise de tormentosa questão, que se não ainda alcançou este Colegiado de forma mais latente, por certo o tomará. Assim, com respeito a meus pares, passo ao exame da questão da aplicação do dies a quo para o reconhecimento, ou não, de haver a recorrente decaído do direito em pleitear a restituição/compensação da Contribuição ao PIS, nos moldes em que formulada nestes autos.

*O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Primeira Seção, fixou o entendimento de que como "... já ficou consignado em diversos antecedentes, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, pelo Pretório Excelso, da discutida exação, houve recolhimento indevido (RE n. 148.754-2/RJ, publicado no DJU de 04.03.94 e com trânsito em julgado em 16.03.94) e assiste direito ao contribuinte o direito a ser ressarcido. " Assim, " ... para as hipóteses restritas de devolução do tributo indevido, por fulminado de inconstitucionalidade, desenvolveu tese segundo a qual se admite como dies a quo para a contagem do prazo para a repetição do indébito para o contribuinte a declaração de inconstitucionalidade da contribuição para o PIS. "*²

Para aquele Tribunal Superior de Justiça, portanto, reconhecida é a restituição do indébito contra a Fazenda, sendo o prazo de decadência de cinco anos para pleitear a devolução, contado tal prazo a partir do trânsito em julgado da decisão da Corte Suprema que declarou inconstitucional a aludida exação.

Com a devida vênia àqueles que sustentam a referida tese, consigno que não me filio a referida corrente, pois, a meu ver, estar-se-á contrariando o sistema constitucional brasileiro em vigor que disciplina o controle da constitucionalidade e, conseqüentemente, os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade.

*A Corte Suprema, quando da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-leis n.ºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, proferida em sua composição Plenária, o fez por ocasião do julgamento de Recurso Extraordinário interposto por Itaparica Empreendimentos e Participações S.A. e Outros e em desfavor da União Federal.*³

¹ Processo nº 13839.002692/00-01, Recurso Voluntário nº 122458.

² AgRg no Recurso Especial nº 331.417/SP, Ministro Franciulli Neto, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão publicado em DJU, Seção I, de 25/8/2003

³ Recurso Extraordinário nº 148754-2/RJ, Ementário nº 1735-2



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

A meu ver e a despeito da decisão ter sido exarada pelo órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade em comento, quando de seu trânsito em julgado, somente surtiu efeitos para as partes envolvidas naquela lide, pois promovida pela via de exceção.⁴

E nesses termos, já dissertava e interpretava Rui Barbosa o tema, ao afirmar que decisões proferidas pela via de exceção " ... deveriam adotar-se "em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes"". ⁵

*Na sistemática constitucional brasileira vigente, a declaração de inconstitucionalidade definitiva e em grau de Recurso Extraordinário, como na hipótese de que se está tratando, somente pode surtir efeitos **inter partes**⁶, e, não, **erga omnes**, como se fundou equivocadamente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, pois a prestação jurisdicional realizada pela Corte Suprema não o foi de forma direta e*

⁴ "8. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis

Temos no Brasil duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.

Em nosso sistema constitucional, o emprego e a introdução das duas técnicas traduzem de certo modo uma determinada evolução doutrinária e institucional que não deve passar despercebida.

Com efeito, a aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1891, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais.

(...)

O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.

(...)

A) A via de exceção, um controle já tradicional

A via de exceção no direito constitucional brasileiro já tem raízes na tradição judiciária do País. Inaugurou-se teoricamente com a Constituição de 1891(45), que institui recursos o Supremo das sentenças prolatadas pelas justiças dos Estados em última instância.

(...)." (*Curso de Direito Constitucional*, Paulo Bonavides, Malheiros Editores, 11ª edição, pgs. 293/296)

⁵ op.cit. pg. 296

⁶ "(...)"

O Tribunal, no exercício de sua função de aplicador do direito, deixa de aplicar em relação à *litis* a lei inconstitucional, o que, porém, não vem afetar sua obrigatoriedade em relação aos demais não participantes da questão levada à apreciação pelo Poder Judiciário, de tal forma que, continuando a existir e obrigar no universo jurídico, todas as pessoas que queiram que a elas se estenda o benefício da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico, devem postular sua pretensão junto aos órgãos do Poder Judiciário, para que possam eximir-se do cumprimento da mesma. Já que em nossa sistema as decisões judiciais têm seu alcance limitado às partes em litígio, salvo nos casos de declaração de inconstitucionalidade em tese, o que ainda será analisado posteriormente (44).

(...)." (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, pgs. 112/113)



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuzalva Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

abstrata⁷, ou seja, não declarava direitos a todos os contribuintes indistintamente.

Pois bem, a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-leis n°s 2.445 e 2.449, de 1988, somente surtiu efeitos para Itaparica Empreendimentos e Participações S.A. e Outros e a União Federal. Assim, somente para Itaparica e Outros seria aplicável o entendimento de que é quinquenal o prazo para a repetição dos valores recolhidos a maior a título da Contribuição para o PIS, a partir do trânsito em julgado de referida declaração; ou, então, para contribuinte que tenha ingressado com ação judicial e obtido manifestação judicial própria a seu favor.

Para a hipótese desses autos e para os demais contribuintes, que não ingressaram em Juízo para discutir tal inconstitucionalidade, tenho que o prazo decadencial quinquenal deve ser contado (e observado) a partir da edição da Resolução n° 49 do Senado Federal, aliás, como vem sendo acertadamente decidido por este Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda⁸.

E sustento e corroboro o entendimento deste Segundo Conselho de Contribuintes na afirmativa de que cabe ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal", nos exatos termos em que vazado o inciso X, do artigo 52, da Carta Magna.

Abrindo aqui um parênteses e ao contrário - e com o devido respeito ao que defende e vem sinalizando o Ministro Gilmar Mendes⁹, em diversas decisões

⁷ "As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos ("erga omnes") e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados ..., impondo-se, em consequência, à necessária observância ..., que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo." (Reclamação n° 2143/Agravo Regimental/ SP, Ministro relator Celso de Mello, Tribunal Pleno do S.T.F., www.stf.gov.br, site acessado em 26/08/2003)

⁸ "O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o consequente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, pela via indireta." Recurso Voluntário n° 120616, Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt, acórdão n° 202-14485, publicado no DOU, I, de 27/8/2003, pg. 43.

⁹ "(...). Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço, na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa dos interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

*monocráticas, por ele exaradas no exercício da magistratura no Supremo Tribunal Federal -, filio-me a corrente doutrinária que defende que a " ... nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na eficácia da lei(25). "*¹⁰

E ao aderir a tal corrente doutrinária, observadora que é do sistema constitucional brasileiro, concluo que a declaração de inconstitucionalidade promovida por intermédio de decisão Plenária da Corte Suprema, que veio a se tornar definitiva com seu trânsito em julgado, somente passará a ter os efeitos de sua inconstitucionalidade (e aplicação) erga omne, a partir da legítima e constitucional suspensão pelo Senado Federal. Neste sentido, aliás, posicionam-se de forma firme José Afonso da Silva¹¹, Paulo Bonavides¹², Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹³, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares¹⁴."

se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo" (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub judice 20/21, 2001, p. 33 (49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido Referat sobre "a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional", que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. "Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais – dizia Triepel – mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas". (Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung deer Staatsgerichtsbarkeit VVDStRL, vol. 5 (1929), p. 26). (...). OU, nas palavras do Chief Justice Vinson, "para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve decidir os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas" ("To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases wich present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved") (Griffin, op. cit., p. 34). De certa forma, é essa a visão que, com algum atraso e relativa timidez, ressalte-se, a Lei nº 10.259, de 2001, busca imprimir aos recursos extraordinários, ainda que, inicialmente, apenas para aqueles interpostos contras as decisões dos juizados federais." (Recurso Extraordinário 360847/SC Medida Cautelar, DJU, I, de 15/8/2003, pg. 66)

¹⁰ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, José Afonso da Silva, Malheiros Editores, 22ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002, pg. 53.

¹¹ op. cit., pgs. 52 a 54.

¹² op. cit., p. 296.

¹³ op. cit., pgs. 102 a 116.

¹⁴ "(...). Isso ocorre, no Direito brasileiro, nos casos de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso. O Senado, como se verá, atua, em tal hipótese, suspendendo a eficácia da lei. Contudo, essa situação só ocorre porque o Supremo Tribunal Federal revela-se, a um só tempo, como Corte Constitucional e último tribunal na escala judicial. No caso específico de decisão proferida em sede de recurso extraordinário, atua como



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Em assim sendo, para os pagamentos indevidos efetuados até 10 de outubro de 1995, parece-me que o entendimento mais consentâneo com o bom direito é de considerar como termo inicial da contagem do prazo extintivo a que alude o *caput* do artigo 168 do CTN, a data da publicação da citada Resolução nº 49, do Senado Federal, 10 de outubro de 1995, que suspendeu a execução dos malsinados decretos-leis. Para não perecer desse direito, o seu titular deveria havê-lo suscitado até o fim do dia 10 de outubro de 2.000, momento exato em que se exauriu o prazo para fazê-lo. Não tendo a reclamante até essa data protocolado o seu pedido de restituição/compensação, é de considerar-se que, quando o fez, em 28 de dezembro de 2.001, já não mais podia fazê-lo, pois o direito já se encontrava extinto.

II – Dos indébitos relativos a pagamentos pertinentes a fatos geradores ocorridos entre outubro de 1995 e março de 1996, com base nas modificações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.212/95 e reedições.

Para os pagamentos efetuados, entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, com base nas alterações trazidas pela MP 1.212/95 e reedições, o *dies a quo* para o reconhecimento, ou não, de haver a recorrente decaído do direito de pleitear a restituição/compensação da Contribuição ao PIS, é a data em que o Supremo Tribunal Federal, em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, retirou do mundo jurídico o dispositivo inserto na parte final do art. 18 da Lei nº 9.715/98 (art. 17 das medidas provisórias que resultaram na conversão dessa lei) que determinava a aplicação retroativa da Medida Provisória nº 1.212/95, de suas reedições e da Lei 9.715/98 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 16/08/99. Com isso, o termo inicial do prazo extintivo do direito de repetir o indébito referente a tal período (outubro de 1995 e fevereiro de 1996) começou a fluir nessa data (16/08/1999) e completou-se em 16/08/2004.

Para os demais períodos, o prazo extintivo do direito à repetição segue a regra geral, qual seja, a do inciso I do artigo 168 do CTN, porquanto a repetição pretendida não ter como origem legislação com vigência ou eficácia obstadas judicialmente (situação jurídica conflituosa). Desta feita, o prazo decadencial começa a fluir na data de extinção do crédito tributário pelo pagamento e exaure-se, impreterivelmente, com o decurso do quinquênio legal.

Assim, para os fatos geradores ocorridos a partir de março de 1996, a reclamante dispunha de 05 anos, contados da extinção do crédito tributário pelo pagamento, para pleitear a repetição de possíveis indébitos, como o pedido foi protocolado em 28 de

órgão último do Poder Judiciário, e sua decisão só produz efeitos *erga omnes* após a manifestação do Senado. Já, quando atua como Corte Constitucional, fiscalizando direta e abstratamente a constitucionalidade das leis, sua decisão independe de manifestação senatorial para a produção dos efeitos típicos. Existindo esse controle concentrado da constitucionalidade, não haveria sentido em reconhecer-se a permanência da norma no sistema após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo órgão próprio, por meio de ação específica.” (*As Tendências do Direito Público – No Limiar de um Novo Milênio*, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, Editora Saraiva, pgs. 94/95)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cléuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

dezembro de 2.001, é de concluir-se que eventual indébito pertinente a pagamento efetuado em abril de 1996, referente a fato gerador ocorrido em março de 1996 não pode mais ser restituído/compensado visto haver sido alcançado pela prescrição/decadência.

Quanto à jurisprudência trazida à colação pela reclamante de que o termo *a quo* da decadência começaria a fluir após a homologação do lançamento (05 anos para homologar e mais 05 para decair), é de reconhecer-se que inicialmente foi a prevalente no Superior Tribunal de Justiça e, também, neste Colegiado. Todavia, de há muito o entendimento deste Conselho modificou-se e passou-se a adotar a tese de que o termo inicial da decadência, nos casos em que o indébito restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, é a 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" (art. 168, II, do CTN), ou ainda na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema jurídico norma declarada inconstitucional. Para os demais casos, como no ora em discussão, o termo inicial da decadência é a extinção do crédito tributário pelo pagamento (art. 168, I, do CTN).

Assim, é de se afastar parcialmente a prejudicial de decadência suscitada na decisão recorrida.

Passemos agora a discutir a questão do indébito propriamente dito.

Com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 18 da Lei nº 9.715/1998, que suprimia a anterioridade nonagesimal da contribuição, as alterações introduzidas na Contribuição para o PIS/Pasep pela MP nº 1.212/1995 e reedições passaram a surtir efeitos apenas a partir de março de 1996. Os fatos geradores ocorridos até essa data voltaram a ser regidos pela legislação anterior, *in casu*, a Lei complementar nº 07/1970 e alterações válidas. Por conseguinte, a base de cálculo da contribuição nos períodos anteriores a março de 1996 voltou a ser o faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, sem correção monetária.

Essa matéria encontra-se apascentada neste Colegiado, o que dispensa maiores discussões sobre o tema. Em arrimo ao aqui exposto cito os Acórdãos nºs 101-87.950, 101-88.969, 202-15.526 e 02.01.701.

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.

Em assim sendo, 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 nº 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 nº 01/96, para os períodos anteriores à vigência da Lei nº 8.383/91, quando não havia previsão legal expressa para a correção monetária de indébitos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10070.002227/2001-17
Recurso : 127.221
Acórdão : 202-15.953

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/6/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

A partir de 01.01.96, sobre os indébitos passam 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.º 9.250/95.

Em resumo, reconhece-se a prescrição/decadência do direito de restituir/compensar os indébitos relativos a fatos geradores corridos anteriormente a outubro de 1995, bem como de março de 1996 (pagamento de abril de 1996), e admite-se o direito da Recorrente a eventuais indébitos do PIS referente a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, considerando como base de cálculo da contribuição o faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. Os valores a restituir 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, passam 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.

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.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004.

Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRES