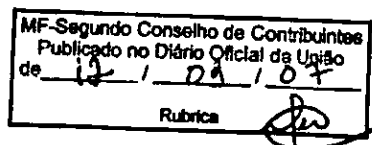




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694



Recorrente : DISBRAL – DISTRIBUIDORA DE ASFALTO S/A
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

PIS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Na forma do § 1º, do art. 150 do CTN, a extinção do crédito tributário se dá com o pagamento do crédito, sob condição resolutória. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA** Extingue-se em cinco anos, contados da data da extinção do crédito e do pagamento indevido, o prazo para pedido de compensação ou restituição de indébito tributário.

PIS. PERÍODOS DE APURAÇÃO DE OUTUBRO DE 1995 A FEVEREIRO DE 1996. INEXISTÊNCIA DE VACATIO LEGIS. Até o início da vigência da MP nº 1.212/95, 01/03/1996, a Contribuição para o PIS deve ser recolhida nos termos da Lei Complementar nº 7/70.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DISBRAL – DISTRIBUIDORA DE ASFALTO S/A.

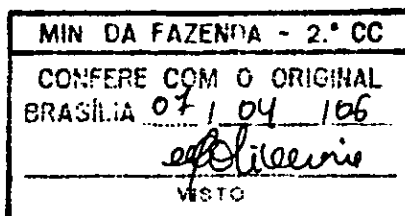
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em negar provimento ao recurso, nos seguintes termos: I) por maioria de votos, em negar provimento quanto à decadência. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva que afastavam a decadência pela tese dos dez anos; II) quanto ao mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2006.

Antonio Bezerra Neto
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis, José Adão Vitorino de Moraes (Suplente) e Valdemar Ludvig. Ausente, justificadamente, a Conselheira Sílvia de Brito Oliveira.

Eaal/inp





Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694

Recorrente : DISBRAL – DISTRIBUIDORA DE ASFALTO S/A

RELATÓRIO

Adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ em Brasília – DF:

“Cuidam os autos de pedido de Restituição/Compensação de recolhimentos efetuados de PIS/PASEP no período de 10/1995 até 02/1996.

Irresignado com o “decisum” denegatório da instância “a quo”, o interessado oferece manifestação de inconformidade na folha 23 até 30, alegando, que:

a) A MP nº 1.212/95 revogou a Lei complementar 7/1970, não tendo, pois, lei para o período citado já que o STF considerou o período citado não abrangido pela MP nº 1.212/95 e sucedâneas, não há reprecinação para as Leis complementares 7/70;

b) Falta de vigência e eficácia das Medidas Provisórias anteriores à Lei ordinária 9.715/98 em face de suas expressas alterações e revogações (prazo nonagesimal para cada MP), contagem para a contribuição a partir da última MP;

c) A contagem do prazo para a decadência só começa após a declaração de inconstitucionalidade, anexas opiniões doutrinárias, também discorre a respeito de prazo de 5 anos para a homologação perfazendo 10 no total para repetir;”

Em decisão de fls. 32/36, a DRJ de Brasília - RJ, por unanimidade de votos indeferiu o pedido de reconhecimento creditório, nos termos da ementa que se transcreve:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/10/1995 a 28/02/1996

Ementa: Repetição de Indébito Prazo Decadencial

O direito de pleitear restituição/compensação de tributo ou contribuição paga indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Observância aos princípios da estrita legalidade tributária e da segurança jurídica.

A MP nº 1.212, 28/11/1995, teve eficácia 90 dias depois da sua publicação, só neste momento revogando o ordenamento jurídico anterior.

Solicitação Indeferida”.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada, às fls. 43/50, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Segundo Conselho de Contribuintes, onde reiterou os argumentos apresentados na impugnação.

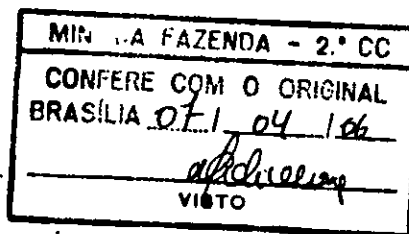
É o relatório.

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 07/04/96
<i>[Assinatura]</i>
VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO BEZERRA NETO

O recurso voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de pedido de repetição de indébito tributário dos recolhimentos do PIS referentes aos períodos de apuração de outubro de 1995 a fevereiro de 1996.

No apelo apresentado a este Conselho a recorrente alegou que não existia base legal para exigência da Contribuição para o PIS no período de 01/10/1995 a 29/02/1996, face à declaração de inconstitucionalidade da retroatividade prevista no art. 18 da Lei nº 9.715/98 (conversão da MP nº 1.212/95 e suas reedições). Arguiu, também, que seu direito à repetição do indébito não havia decaído.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPETIÇÃO DO SUPOSTO INDÉBITO

Desnecessário se faz a distinção entre prescrição e decadência, no caso do direito de repetir o indébito, quando este direito está claramente descrito em categorias jurídicos-positivas (arts. 165 e 168 do CTN). Não podemos nos afastar do fato de que, decadência e prescrição são, no dizer de Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, vol. 6, p. 100) conceitos jurídicos positivos.

Sobre prescrição e decadência, a doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi nos ensina com muita propriedade, calcada na importância de um princípio basilar do Direito – A Segurança Jurídica (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª edição, Ed. Max Limonad, págs. 276/277):

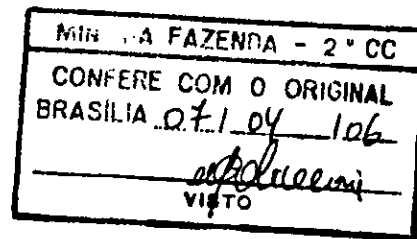
“A impossibilidade da ADIN reabrir o prazo da prescrição.

A máquina do tempo instalada no interior do direito não permite que seu operador navegue no passado que quiser, o passado do direito é repleto de cavidades obstruídas pelo fluir do tempo que se tornam inacessíveis pelo próprio direito. Quando tomado como fato jurídico, o tempo cristaliza a trajetória de posituação no presente consolida juridicamente o passado. No direito tributário, a segurança jurídica garante a consolidação do passado impondo ao Legislativo, que produz leis, o limite da irretroatividade da lei; ao Executivo, que produz atos administrativos, o limite da decadência e ao Judiciário, que produz sentenças e acórdãos, o limite da prescrição. A segurança Jurídica, portanto, promove a legalidade, garantindo o passado da lei, sem deixar assumir a trajetória da lei no presente e os seus efeitos, ainda que no futuro essa lei deixe de ser lei.

(...) acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio do actio nata. Trata-se de petição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão-só como novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN."

O § 1º do Decreto nº 2.346/97, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, vincula a autoridade administrativa a decidir da seguinte forma, *verbis*:

"§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial." (grifei)

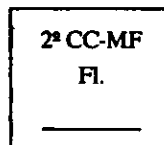
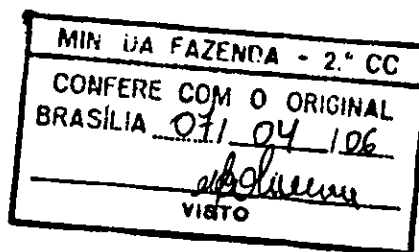
A declaração de inconstitucionalidade, no meu entendimento, mesmo com efeito *ex tunc* não pressupõe que o ato/norma não tenha existido, pois o que não é não necessita ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, nunca do mundo jurídico. Vê-se então que a nulidade se dá no plano da validade e não no plano da existência, produzindo os seus efeitos naquele plano (validade) desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, "salvo se o ato não mais foi suscetível de revisão administrativa ou judicial", isso porque, o ato/norma inexistente seria sempre ineficaz, jamais convalidando pela prescrição/decadência, o que não aconteceria com o ato/norma inválido(a), que seria eficaz enquanto não decretada a invalidade e poderia convalidar.

Diante desse quadro, fica fácil entender a Doutrina de Eurico de Santi, calcada acertadamente em princípio basilar ao direito - Segurança Jurídica -, quando diz que a tese da possibilidade da ADIN reabrir prazo de prescrição/decadência recai na falácia da petição de princípio, pois aquilo que se tem que provar primeiro (a não-convalidação do ato), toma-se logo por conclusão. Na verdade, o que o Acórdão em ADIN faz, no dizer de Eurico de Santi, é fazer surgir "novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito".

De fato as normas gerais e abstratas que regem a decadência e a prescrição produzem regras individuais e concretas que veiculam, em seu antecedente, o fato concreto do decurso do tempo qualificado pela omissão do contribuinte e, por consequência, a extinção do direito de pleitear o débito. O tempo, nesse caso é destacado como fato jurídico, fazendo com que o ato ainda eficaz e produzindo os seus efeitos, seja desconstituído pela ação do tempo no direito antes que a declaração de inconstitucionalidade produza também os seus efeitos invalidando o ato. Isso porque, no magistério de Ricardo Lobo Torres (A Declaração de Inconstitucionalidade e a restituição de tributos, p. 99): "O controle de legalidade não é



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694

absoluto, exige respeito do presente em que a lei é vigente (...) No campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, o lançamento definitivo, os créditos prescritos (...)".

Se admitirmos a imprescritibilidade da ADIN, sem o rompimento do processo de positivação do direito pela decadência/prescrição, teríamos que também admitir como corolário disso o absurdo de que todos os direitos subjetivos são imprescritíveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF, disseminando-se, assim, sob o pretexto de se buscar a justiça, a total insegurança no direito, que é por sinal a maior das injustiças que o direito poderia permitir.

Dessa forma, não há como o administrador público afastar a prescrição/decadência na repetição de indébito tributário, mesmo quando a inconstitucionalidade for declarada depois da ocorrência desse fato jurídico, em face de tudo que foi dito alhures e das normas gerais e abstratas correspondentes a estes institutos estarem perfeitamente descritas em categorias jurídicos-positivas na figura dos arts. 165 e 168 do CTN, *verbis*:

Sobre a repetição de indébito dispõem os artigos 165, I e 168, I, do CTN, *verbis*:

"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;"

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

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;"(grifei)

Releva ressaltar para os adeptos da "tese dos cinco mais cinco anos" que o § 1º do artigo 150 afirma que no lançamento por homologação o pagamento extingue o crédito tributário, por condição resolutória de ulterior homologação. Essa condição não descaracteriza a extinção do crédito no momento do pagamento do tributo, pois não impede a eficácia imediata do ato produzido. Aliás, tal aspecto foi ratificado pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que definiu, em seu art. 3º, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário:

"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."

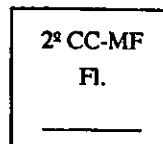
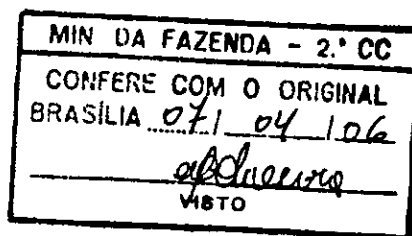
Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos ou por ato da autoridade administrativa.

Outrossim, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese, pois o que se homologa não é o pagamento, mas sim a atividade, logo a falta do pagamento não



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694



enseja que se saia do escopo do art. 150, § 4º (lançamento por homologação) para adentrar a seara do lançamento de ofício (art. 173, I), numa interpretação sistemática totalmente incoerente.

CTN

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)" (grifei)

Como se não bastassem essas falhas, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão "poderia" como "poder-que-não-pode-mais", como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que "poder" não é conduta, é modalizador de conduta, imprestável, portanto, para ser demarcador do prazo decadencial. O intérprete deveria no caso ter tomado como conduta o primeiro momento que se "poderia lançar", e não a perda do poder de lançar (último poderia), acarretando ainda um outro equívoco, qual seja, o desencadeamento do fenômeno da recursividade infinita. Pois, nada impede de a perda de poder sempre se instale novamente no antecedente da norma como hipótese para o surgimento de novo poder (173, I), em prazo subsequente, de forma que, ao cabo dessa "nova" competência, se dá novamente outro poderia, que outra vez, faz iniciar prazo para lançar e assim *ad eternum*. O absurdo e a insegurança no direito se instala, justamente o que a decadência e a prescrição desejam evitar.

Assim, concluo que o termo inicial para contagem do prazo prescricional/decadencial de cinco anos para repetição do indébito tributário é a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido).

Cabe salientar, ainda, para aqueles que entendem que a decadência se daria apenas cinco anos após a Resolução do Senado, que nem mesmo essa hipótese se prestaria para dar guarida à pretensão da recorrente, no caso concreto, vez que ela somente entrou com o pedido (17/07/2002) mais de cinco anos após Resolução do Senado nº 49/95.

Isso posto, considerando que a contribuinte protocolizou seu pedido de repetição em 17/08/2001 (doc. fl. 01), e os pagamentos efetuados antes de 17/08/1996 compõem todo o escopo de seu pedido (recolhimentos de novembro de 1995 a março de 1996 - fl. 02), não podem ser restituídos e/ou compensados, por estarem prescritos/decaídos.

COBRANÇA DO PIS – BASE LEGAL (EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS):

O argumento de que não havia base legal para a cobrança da Contribuição para o Programa de Integração Social no período entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996 não merece prosperar. Até 29/02/1996, o PIS deve ser exigido de acordo com a Lei Complementar nº 07/70 e, após essa data, com base na MP nº 1.212/95 e suas reedições, até sua conversão na Lei nº 9.715/98.

Não há que falar-se em inexistência de lei impositiva em face da declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 18 da Lei nº 9.715.

Até o início da vigência da MP 1.212/95, continuava em vigor a forma de cálculo da contribuição prevista na Lei Complementar nº 7/70, pois o efeito da declaração de



Processo nº : 10120.004600/2001-23
Recurso nº : 125.009
Acórdão nº : 203-10.694

inconstitucionalidade, uma vez não demarcado seus limites temporais, como hoje permite o art. 27 da Lei nº 9.868, de 10/11/1999, opera-se ex tunc.

Ademais, cabe ressaltar que própria Receita Federal editou a IN SRF nº 006, de 19 de janeiro de 2000, aduzindo no parágrafo único do art. 1º, que *"aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970"*.

Assim não há de falar em *vacatio legis* para imposição da Contribuição para o Programa de Integração Social no período entre de outubro de 1995 e fevereiro de 1996 e, dessa forma, concluo que não existem créditos a serem restituídos à recorrente.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2006.


ANTÔNIO BEZERRA NETO

