



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
De 30 / 06 / 06  
VISTO

2º CC-MF  
Fl.  
\_\_\_\_\_

Recorrente : MANAUS REFRIGERANTES LTDA.  
Recorrida : DRJ em Belém - PA

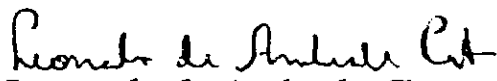
**PIS. DECADÊNCIA. DIREITO CREDITÓRIO RELATIVO A RECOLHIMENTOS OCORRIDOS MEDIANTE AS REGRAS ESTABELECIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70.** A decadência do direito de pleitear a restituição/compensação tem como prazo inicial, na hipótese dos autos, a data da publicação da Resolução do Senado que retira a eficácia da lei declarada inconstitucional (Resolução do Senado Federal nº 49, de 09/10/95, publicada em 10/10/95) independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento. Assim, a partir de tal data, conta-se 05 (cinco) anos até a data do protocolo do pedido (termo final). *In casu*, incoorreu a decadência do direito postulado.

**SEMESTRALIDADE. BASE DE CÁLCULO.** A base de cálculo do PIS, até o início da incidência da MP nº 1.212/95, em 01/03/1996, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária.  
**Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MANAUS REFRIGERANTES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto (Relator), Emanuel Carlos Dantas de Assis e Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente) que votavam pela prescrição do direito de pedir restituição em relação aos fatos geradores anteriores a 08 de outubro de 1994. Designada a Conselheira Maria Teresa Martínez López, para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.

  
Leonardo de Andrade Couto  
Presidente

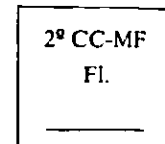
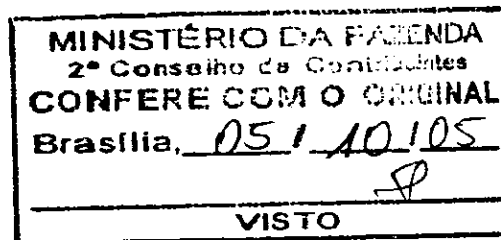
  
Maria Teresa Martínez López  
Relatora-Designada

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
2º Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 05 / 10 / 05  
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.  
Eaal/mdc



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087

Recorrente : MANAUS REFRIGERANTES LTDA.

## RELATÓRIO

Trata o presente de pedido de restituição e compensação (fls. 01, 02, 09/17, 144, 145, 148, 149 e 151/153) de valores recolhidos ao PIS, calculados com base nas alterações efetuadas pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo STF.

A Delegacia da Receita Federal em Manaus proferiu Despacho Decisório DRF/MNS/Sesit, em 7 de maio de 2001 (fls. 176/183), indeferindo a solicitação sob o argumento de que teria ocorrido a decadência do direito de pedir a restituição para os períodos de apuração anteriores a 08/10/1994. Em relação aos períodos remanescentes também não haveria o que restituir, pois a sistemática de apuração da contribuição com base na LC nº 7/70 não pode incluir a chamada semestralidade por falta de amparo legal.

Não satisfeita, a interessada apresentou manifestação de inconformidade dirigida à Delegacia de Julgamento (fls. 184/211) sustentando a inoccorrência da decadência do direito de pleitear a restituição, uma vez que o prazo deve ser contado a partir da publicação da Resolução do Senado Federal que suspendeu a aplicação dos Decretos-Leis. Lembra a jurisprudência do STJ segundo a qual, nos casos de tributo sujeito à lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição se dá após o prazo de cinco anos contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos a partir da homologação tácita.

No que se refere à sistemática de apuração da contribuição defende que a aplicação da semestralidade já está consolidada na jurisprudência, tanto administrativa quanto judicial.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém emitiu o Acórdão DRJ/BEL Nº 952/2002 (fls. 249/260) na mesma linha de argumentação do Despacho Decisório DRF/MNS/Sesit, indeferindo o pleito.

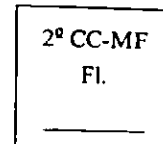
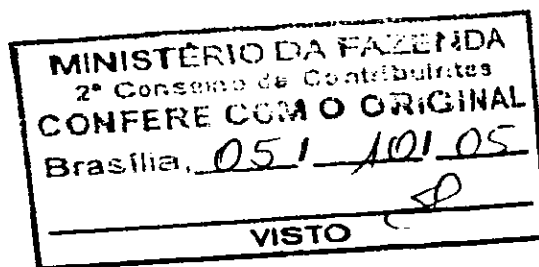
Irresignada, a interessada recorreu a este Conselho (fls. 264/297) reiterando as razões da peça impugnatória.

É o relatório.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087



## VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR LEONARDO DE ANDRADE COUTO VENCIDO QUANTO A DECADÊNCIA

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

A questão do prazo para pleitear restituição deve ser analisada sob dois ângulos distintos ainda que intimamente relacionados. Num deles avalia-se o prazo para formalização do pedido propriamente dito. Em outro, verifica-se quais os períodos de apuração podem ser abrangidos na solicitação. Nem sempre o resultado é coincidente nos dois casos.

Trata-se justamente do presente caso onde o direito à restituição/compensação tem origem em declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais. A publicação da Resolução do Senado Federal (09/10/1995) fulminando os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 estabeleceu o termo inicial para a contagem do prazo de solicitação da restituição dos valores recolhidos indevidamente com base nesses Atos. Dessa forma, o termo final para o pleito seria 10/10/2000.

Situação diversa refere-se aos períodos alcançados no pedido. Não se pode olvidar que a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN) estabeleceu regras claras quanto ao prazo para repetição do indébito:

*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; (grifo acrescido)*

(.....)

Nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, como o PIS, a extinção do crédito ocorre com o pagamento antecipado nos termos do § 1º do art. 150 do CTN:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. (grifo acrescido)*

(.....)

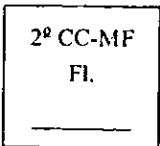
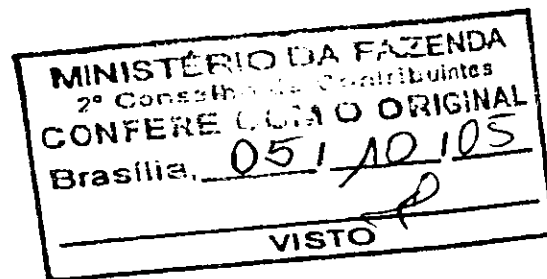
A condição resolutória não impede que o evento produza efeitos de imediato. A posterior homologação visa apenas ratificá-lo caso, no prazo legal, não sejam apurados fatos modificativos. Claro, portanto, que a extinção do crédito tributário dá-se com o pagamento e não com a homologação.

Para que não paire qualquer dúvida, a Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005 é lapidar:



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087



*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. (grifo acrescido)*

Quanto à aplicação desse dispositivo a própria lei estabelece:

*Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.* (grifo acrescido)

Lei nº 5.172/66:

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

(.....)

Ressalte-se que a LC nº 118/05 foi editada posteriormente ao entendimento jurisprudencial manifestado pelo STJ e utilizado pela interessada na peça recursal.

No âmbito deste colegiado, considero de extrema valia ao presente caso a análise proferida no voto condutor nos autos do processo 110665.000904/00-71, de lavra da Conselheira Maria Cristina Roza da Costa demonstrando a inaplicabilidade do prazo decenal manifestado pelo STJ:

(.....)

*9. A homologação deve ser entendida como um dos elementos acessórios do negócio jurídico, qual seja, a condição. Portanto, a homologação do lançamento caracteriza-se por ser condição resolutiva do lançamento. Em face de a regra legal ensejar na atividade de pagamento do contribuinte todos os requisitos necessários ao nascimento e extinção do crédito tributário – prática da ação pertinente à ocorrência do fato gerador, nascimento da obrigação tributária, constituição do crédito tributário pela identificação dos elementos da regra matriz de incidência, bem como a respectiva extinção, fazendo a ressalva da condição resolutiva, a qual atribui eficácia plena ao pagamento no momento de sua realização, é forçoso concluir que os prazos de decadência e prescrição fluem simultaneamente. Tal conclusão derrui a tese prevalente no STJ da sucessividade de tais prazos.*

O entendimento de que o direito à restituição, por ter origem em declaração de inconstitucionalidade, abrangeria todos os valores recolhidos, traduz uma subversão da ordem jurídica ao ignorar institutos fundamentais do direito como a prescrição e a decadência. Valho-me novamente voto supra citado que encerra definitivamente a questão.

(.....)

*10. A norma do art. 173 do CTN constitui-se em regra geral de decadência no Direito Tributário. A norma do art. 150, § 4º constitui-se em regra específica de decadência para uma espécie específica de lançamento – o por homologação.*

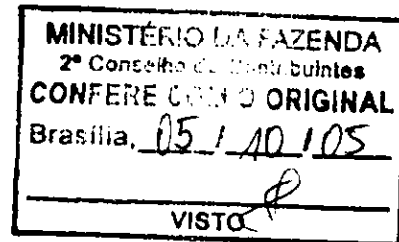
*11. Na declaração de inconstitucionalidade, a imediata e instantânea supressão da norma do mundo jurídico (efeito ex tunc) é o efeito conseqüente. Entretanto, no curso de*

*pa*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087



*sua trajetória para o passado no processo de anulação da juridicização que a norma irradiou sobre os fatos então ocorridos, sofre a atuação de outros institutos que, como vetores, se não lhe modifica a rota na direção do momento em que a norma foi editada, tira-lhe a força.*

*12. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade subsistem, porém o exercício de tal direito fica impossibilitado a partir do momento no tempo em que a prescrição e a decadência atuarem seccionando o tempo decorrido em duas partes: uma em que eles já operaram e outra em que eles ainda não atingiram. Na parte em que tais institutos já operaram seus efeitos encontram-se o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Os prazos judiciais operam a coisa julgada.*

*13. A não caducidade da possibilidade de se avaliar a conformidade da norma jurídica à Constituição não enseja, também, a não caducidade dos direitos quer subjetivos, quer potestativos. O direito, enquanto criação cultural, tem o escopo na previsibilidade e segurança das relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado.*

*14. A presunção de constitucionalidade das leis não é absoluta. Com a adoção dos dois tipos de controle de constitucionalidade pelo sistema jurídico brasileiro – concentrado e difuso, não é necessário aguardar uma ação direta de inconstitucionalidade para repetir o tributo indevido. A declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados.*

*15. A retirada da norma do mundo jurídico no presente em razão da declaração de inconstitucionalidade obsta a produção de seus efeitos para o futuro. Inadmissível que atinja os efeitos produzidos no passado, que tenham sido consolidados pela decadência e pela prescrição.*

*16. A jurisprudência do judiciário, de forma ainda incipiente, tende à adoção do posicionamento ora defendido, vislumbrando-se o fato de ser inadmissível para o estudioso do direito, mormente para o seu operador cuja decisão produz norma individual e concreta, acatar a tese da não caducidade como regra do Direito.*

Pelo exposto, considerando que o pedido foi formalizado em 08/10/1999, entendo que estão atingidos pela decadência os períodos de apuração anteriores a 08/10/1994.

A discussão quanto à base de cálculo do PIS sob a égide da Lei Complementar nº 7/70, tem origem na interpretação do parágrafo único do art. 6º desse diploma legal:

*“A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente.”*

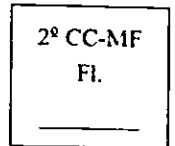
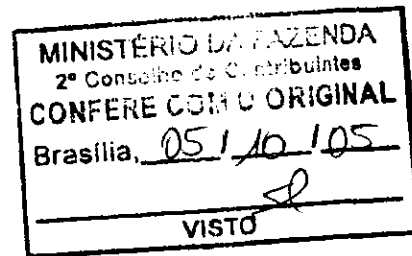
Na aplicação dos conceitos de direito tributário, entendo ser impossível separar base de cálculo e fato gerador. A doutrina é quase unânime no entendimento segundo o qual a base de cálculo vincula-se ao fato tributável para que surja a obrigação tributária.

Sob essa ótica, só poderíamos entender o lapso temporal estabelecido no dispositivo em discussão como uma elasticidade no prazo de recolhimento. Assim, a contribuição referente ao mês de janeiro, obtida com base no faturamento obtido nesse mês, seria recolhida no mês de julho seguinte.

Devo admitir, por outro lado, que tal concepção, ainda que embasada na melhor técnica tributária de interpretação da norma, não é incontestável. Tal fato origina-se, a meu ver,



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087

na redação pouco feliz do dispositivo em comento, gerando dubiedades que vão de encontro à própria segurança jurídica dos administrados

Saliente-se ainda o fato de que a jurisprudência desse colegiado é remansosa no sentido de entender a base de cálculo da contribuição como o valor do faturamento de sexto mês anterior, contrariamente ao defendido pela recorrente. Exemplificando, temos:

*PIS – LC 7/70 – Ao analisar o disposto no parágrafo único da Lei Complementar 7/70, há de se concluir que 'faturamento', representa a base de cálculo do PIS (faturamento do sexto mês anterior), inerente ao fato gerador (de natureza eminentemente temporal, que ocorre mensalmente), relativo à realização de negócios jurídicos (venda mercadorias e prestação de serviços). A base de cálculo da contribuição em comento permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP. 1.212/95, quando a partir dos efeitos desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado o faturamento do mês anterior. Recurso a que se dá provimento."*

(Recurso RD/201-0.337, processo nº 13971.000631/96-08, Rel. Cons. Maria Teresa Martínez López, DJU, I de 19.12.00, p. 8)

Também no STJ, o posicionamento é cristalino:

*"Sabe-se que, em relação ao PIS, é a Lei Complementar que, instituindo a exação, estabeleceu fato gerador, base de cálculo e contribuintes.*

[...]

*Doutrinariamente, diz-se que a base de cálculo é a expressão econômica do fato gerador. É, em termos práticos, o montante, ou a base numérica que leva ao cálculo do quantum devido, medido este montante pela alíquota estabelecida.*

*Assim, cada exação tem o seu fato gerador e a sua base de cálculo próprios.*

*Em relação ao PIS, a Lei Complementar nº 07/70 estabeleceu duas modalidades de cálculo, ou forma de chegar-se ao montante a recolher:*

[...]

*Assim, em julho, o primeiro mês em que se pagou o PIS no ano de 1971, a base de cálculo foi o faturamento do mês de janeiro, no mês de agosto a referência foi o mês de fevereiro e assim sucessivamente (parágrafo único do art. 6º).*

*Esta segunda forma de cálculo do PIS ficou conhecido como PIS SEMESTRAL, embora fosse mensal o seu pagamento.*

[...]

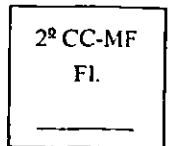
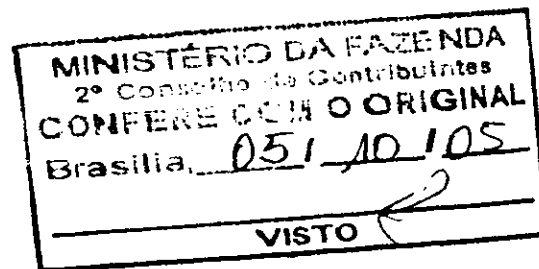
*[...] o Manual de Normas e Instruções do Fundo de Participação PIS/PASEP, editado pela Portaria nº 142 do Ministro da Fazenda, em data de 15/07/1982 assim deixou explicitado no item 13:*

*A efetivação dos depósitos correspondentes à contribuição referida na alínea "b", do item I, deste Capítulo é processada mensalmente, com base na receita bruta do 6º (sexto) mês anterior (Lei Complementar nº 07, art. 6º e § único, e Resolução do CMN nº 174, art. 7º e § 1º).*

*A*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087

*A referência deixa evidente que o artigo 6º, parágrafo único não se refere a prazo de pagamento, porque o pagamento do PIS, na modalidade da alínea "b" do artigo 3º da LC 07/70, é mensal, ou seja, esta é a modalidade de recolhimento.*

[...]

*Conseqüentemente, da data de sua criação até o advento da MP nº 1.212/95, a base de cálculo do PIS FATURAMENTO manteve a característica de semestralidade."*

.....

*Recurso Especial improvido."*

[...]

*O normal seria a coincidência da base de cálculo com o fato gerador, de modo a ter-se como tal o faturamento do mês, para pagamento no mês seguinte, até o quinto dia.*

*Contudo, a opção legislativa foi outra. E se o Fisco, de moto próprio, sem lei autorizadora, corrige a base de cálculo, não se tem dúvida de que está, por via oblíqua, alterando a base de cálculo, o que só a lei pode fazer."*

*Dessarte, acolho a alegação da defesa relativamente à semestralidade da base de cálculo da exação."*

(Resp nº 144.708, rel. Min. Eliana Calmon)

Assim, deve ser aplicada a semestralidade de forma que a base de cálculo do PIS, até o início da incidência da MP nº 1.212/95, em 01/03/1996, corresponda ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária.

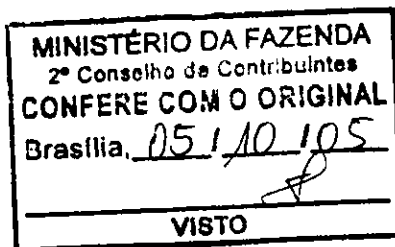
Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.

*Leonardo de Andrade Couto*  
LEONARDO DE ANDRADE COUTO



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087



2º CC-MF  
Fl.

### VOTO DA CONSELHEIRA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ DESIGNADA QUANTO A DECADÊNCIA

Ouso discordar do ilustre Conselheiro quanto ao período abrangido no pedido de compensação.

Assim decidi o respeitável Conselheiro:

*Pelo exposto, considerando que o pedido foi formalizado em 08/10/1999, entendo que estão atingidos pela decadência os períodos de apuração anteriores a 08/10/1994.*

Reconheço que o assunto é controvertido em razão de várias correntes adotadas pelo STJ. No entanto, ainda que o respeitável Conselheiro tenha muito bem fundamentado as razões de adotar o entendimento de que haveria um prazo limitador, retroativo, abrangido no período de compensação, a bem da verdade, não foi assim que o STJ e os Conselhos de Contribuintes vem se posicionado, quando adotado a tese da contagem de prazo da Resolução do Senado.

A bem da verdade, vejamos, ao longo dos últimos anos, algumas posições do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira corrente, sustentada pelos doutrinadores Alberto Xavier e Marco Aurélio Greco, afirma que o prazo para se pleitear a repetição do indébito seria de 05 anos contados da extinção do crédito tributário (art. 168 do CTN), no entanto, para esta corrente, a extinção do crédito tributário se daria com o efetivo pagamento.

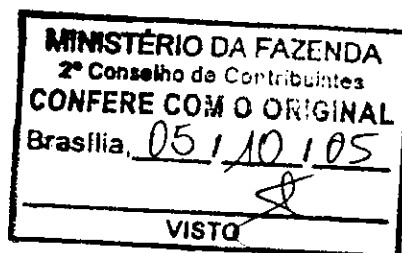
A segunda corrente, sustentada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coelho e Paulo de Barros Carvalho, sustenta que realmente o termo inicial para contagem do prazo decadencial seria da extinção do crédito tributário. Todavia, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário sempre se dá com a homologação tácita, ou seja, após o decurso de 05 anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN.).

Essa segunda corrente ficou conhecida como a "tese dos dez anos", haja vista que a Fazenda Pública nunca homologa expressamente o pagamento efetuado pelo contribuinte. Considerando-se, assim, extinto o crédito tributário cinco anos após ocorrido o seu fato gerador (homologação tácita). Sendo assim, o prazo de cinco anos para exercer o direito de pedir a restituição tem como dies a quo justamente o dies ad quem da Fazenda Pública para homologar o crédito restituendo.

A fiscalização, por seu turno, com fundamento em parte, na minoritária doutrina, já superada, procurou fazer prevalecer a chamada "tese dos cinco anos", inclusive para os casos de lançamento por homologação.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF  
Fl.  
\_\_\_\_\_

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, em 2001, adotou a tese fazendária.<sup>1</sup>

Contudo, a jurisprudência do Colendo Tribunal, não se manteve nesse entendimento, passando a adotar a "tese dos dez anos", conforme exemplo a seguir:

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

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

*Negado seguimento ao recurso especial, porque a tese recursal é contrária à jurisprudência consagrada pelo STJ, se subsiste íntegro tal fundamento, não cabe prover agravo regimental para reformar o decisum impugnado.*

*Agravo improvido.* (AgREsp nº 413943Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 24.06.2002, pág. 00217)

Posteriormente, uma terceira corrente surgiu dentro do STJ, fixando novo termo inicial para a ação de repetição do indébito tributário, em casos de controle de constitucionalidade.

Por esta corrente, passou-se a adotar o seguinte: i) no caso de tributo declarado inconstitucional via controle difuso (RE), o termo inicial é a data da publicação da resolução do senado retirando a norma do mundo jurídico; ii) no caso de controle concentrado (ADIN), o marco inicial é a data do trânsito em julgado da ação direta.

A Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça (No julgamento do EREsp. nº 42.720-5, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17.04.1995), posteriormente, passou ao entendimento acima exposto. Nesse julgado, o Ministro Relator, citando Hugo de Brito Machado, argumentou:

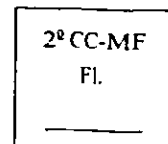
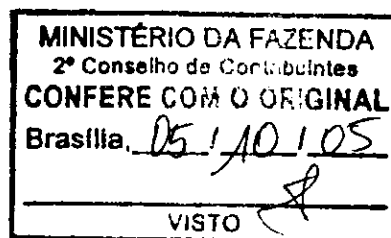
*"A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar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

<sup>1</sup>Cite-se o seguinte julgado: *TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PARCELAS INDENIZATÓRIAS - PRESCRIÇÃO - TERMO "A QUO" - PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO. O prazo prescricional para restituição de parcelas indevidamente cobradas a título de imposto de renda é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, isto é, de cada retenção na fonte. Embargos de divergência acolhidos. (Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. EREsp n. 258.161/DF. 1a. Seção. DJ de 03.09.2001)*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087



*a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."*

Nesse sentido, inúmeros Acórdãos foram proferidos pelo STJ e também pelos Conselhos de Contribuintes.<sup>2</sup> Parte da doutrina entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Com efeito, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.<sup>3</sup>

Uma vez declarada a inconstitucionalidade mediante o controle direto ou concentrado tem eficácia erga omnes. O controle difuso, no entanto, opera efeitos apenas inter partes, mas, uma vez suspensa a eficácia da norma pelo Senado Federal, ocorre a retirada da norma do sistema, produzindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado.

Dessarte, para as hipóteses restritas de devolução do tributo indevido, por fulminado de inconstitucionalidade, o dies a quo para a contagem do prazo para repetição do indébito pelo contribuinte deve ser o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, pela Excelsa Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Pela corrente adotada pelo STJ, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, seria possível a repetição de todos os valores pagos indevidamente, com efeitos *ex tunc*. E nesse sentido, já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 141.331-0 em que foi relator o Ministro Francisco Resek, em julgado assim ementado:

*'Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do depósito compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido' (Apud OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO – In 'Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário' – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999)."*

Como resultado do acima exposto, eleito a tese da contagem de prazo a partir da Resolução do Senado, justificável que se adote os efeitos *ex tunc* de forma a reconhecer o direito

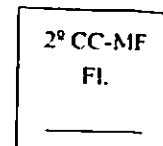
<sup>2</sup> A controvérsia acerca do prazo para a compensação ou restituição de tributos e contribuições federais, quando tal direito decorra de situação jurídica conflituosa, na qual se tenha por definido ser indevido o tributo, foi muito bem enfrentada pelo Conselheiro José Antônio Minatel, no Acórdão nº 108-05.791.

<sup>3</sup> Pontes de Miranda assim se manifesta "não se declara inconstitucionalidade decreta-se, porque a eficácia preponderante da decisão é constitutiva negativa, pois quem fez a lei, o decreto-lei, o decreto, o regulamento, ou qualquer outra fonte de direito, com infração da Constituição, nulamente legislou" (in "Comentários ao Código Processo Civil", Forense, Rio de Janeiro, 1975, VI, p. 43).



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10283.011381/99-81  
Recurso nº : 123.258  
Acórdão nº : 203-10.087



de restituir/compensar os valores pagos indevidamente, independentemente do exercício em que tiver ocorrido o pagamento.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento integral ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.

  
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ