



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De <u>7</u> / <u>8</u> / <u>106</u> Visto

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : DELTA CONSTRUÇÕES S.A.
Recorrida : DRJ -II no Rio de Janeiro - RJ

com embargos

PIS. DECADÊNCIA. DIREITO CREDITÓRIO RELATIVO A RECOLHIMENTOS OCORRIDOS MEDIANTE AS REGRAS ESTABELECIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. Pedido efetuado em 31/03/2003. O prazo para o pedido de restituição de indébito é de dez anos a contar do fato gerador do tributo. (Precedentes do STJ - Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835-SC).

Recurso negado.

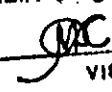
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DELTA CONSTRUÇÕES S.A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.


Antonio Bezerra Neto
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA <u>26</u> / <u>12</u> / <u>05</u>
 VISTO

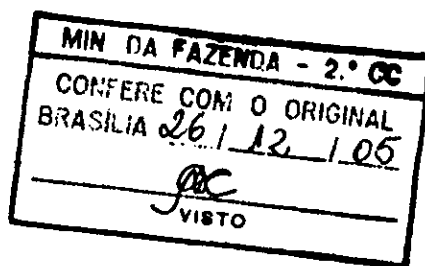
Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc



Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482

Recorrente : DELTA CONSTRUÇÕES S.A



RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição do PIS, formulado em 31 de março de 2003, de recolhimentos a maior ou indevidos relativos aos períodos de apuração de janeiro/90 a dezembro de 1990, sob a égide dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir reproduzo:

RELATÓRIO

A empresa acima identificada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 34/42) contra o despacho decisório da DERAT/RJO (fls. 32), que indeferiu o Pedido de Restituição do PIS, sendo que os recolhimentos a maior ou indevidos foram relativos aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 1991.

O despacho decisório da DERAT/RJO indeferiu a solicitação do contribuinte, em síntese, com base no decurso do prazo decadencial previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, tendo em vista que os recolhimentos foram até 20/12/1991 (DARF's às fls.03/08).

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

1) A Autoridade que indeferiu o Pedido considera a data inicial para a contagem do prazo de cinco anos, a data do recolhimento do tributo, o que teria provocado a extinção do crédito tributário. Entretanto, os fatos não ocorreram na forma usual, uma vez que os Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88 foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

2) A Doutrina e a Jurisprudência são mansas e pacíficas, quando afirmam que o prazo de restituir ou compensar qualquer tributo, quando existe declaração de inconstitucionalidade, conta-se da decisão do Supremo Tribunal Federal, para as partes envolvidas, e, de ato administrativo, com efeito "erga omnes";

3) No caso em questão aconteceu exatamente isso. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi incidental. O efeito "erga omnes", somente adveio com a publicação da Instrução Normativa 31/97, da Secretaria da Receita Federal, publicada no Diário Oficial da União em 10 de abril de 1997, onde reconheceu o caráter indevido da exação tributária;

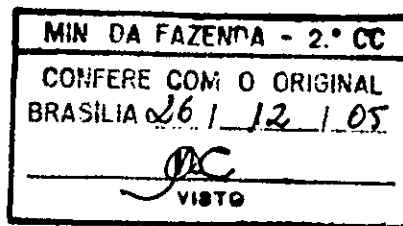
4) Como o pedido foi protocolizado em 08 (oito) de abril de 2002, estava absolutamente dentro do prazo legal, contrariamente ao que declarou a Autoridade que propôs o indeferimento;

5) A aplicação deste princípio, ou seja, contar o prazo terminal a partir da declaração formal de inconstitucionalidade e de sua extensão "erga omnes", e não da data de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10768.002728/2003-17
Recurso n° : 129.298
Acórdão n° : 203-10.482



2º CC-MF
Fl.

recolhimento do tributo, é a atitude lógica e evidente, pois, se ainda não tiver ocorrido definição quanto à constitucionalidade da exação, não cabe ao contribuinte que age corretamente suspender seu pagamento sem a manifestação definitiva da autoridade judiciária;

6) O posicionamento administrativo definitivo sobre a matéria partiu da Câmara Superior de Recursos Fiscais – Primeira Turma, sendo que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto;

7) Todavia, mesmo que o contribuinte, à época, recorresse às esferas administrativas ou judiciais para fazer valer seu direito, ele não veria acolhido o seu pleito, pois o Poder Executivo editou em 30 de agosto de 1995 a Medida Provisória n° 1.110, onde em seu artigo 17º, § 2º, proibiu a Fazenda Nacional de restituir as parcelas pagas indevidamente a título de PIS;

8) Ressalte-se, neste ponto, que o enriquecimento ilícito do Estado é vedado pela Constituição, de sorte que seria dever do Estado restituir os montantes que recebeu indevidamente em razão das exigências inconstitucionais assim declaradas pelo Supremo Tribunal Federal;

9) Finalmente, em 1998, o Poder Executivo, na 36ª edição dessa Medida Provisória (MP-1621 de 10/2/1998), reconheceu o teor arbitrário dessa norma legal, e passou a admitir a restituição, a requerimento do contribuinte, dos valores indevidamente recolhidos ao Erário Público;

10) A requerente entende, portanto, que a partir dessa modificação é que passou efetivamente, de forma positiva, a ter a possibilidade de restituir-se do que indevidamente recolheu, e, portanto, é a partir desse instante que se deve iniciar a contagem do prazo prescricional do direito de pedir esta restituição, pois só e somente aí, seu direito foi integralmente amparado pela legislação em vigor;

11) Ante o exposto, espera a reforma do despacho decisório a fim de dar-se por procedente o Pedido de Restituição, como ato de inequívoca Justiça.

Por meio do Acórdão DRJ/RJ0-II n° 6.728, de 25 de novembro de 2004, os membros da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - II, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação.

A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1990 a 31/12/1990.

Ementa: PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TERMO INICIAL

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art 150, § 1º do CTN.

Solicitação Indeferida.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

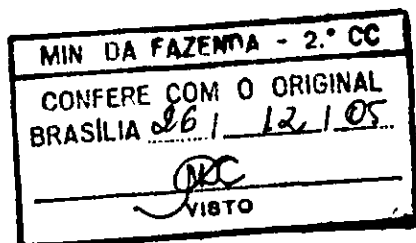
2º CC-MF

Fl.

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação. Alega, em síntese não ter ocorrido (*sic*) a prescrição sobre os valores pleiteados.

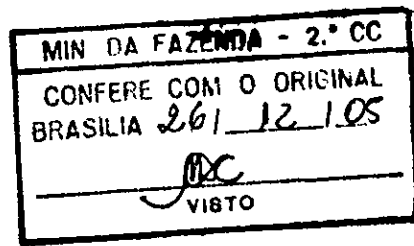
É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482



2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

Na verdade, o cerne consiste em se determinar qual é o prazo que o contribuinte possui para pleitear a devolução de quantias pagas indevidamente.

Primeiramente, reconheço existir divergências nesta Câmara proveniente de inexistência de uma jurisprudência consolidada pelo STJ. Atualmente, penso restar resolvido a questão, razão pela qual, filio-me à atual corrente doutrinária e jurisprudencial dos 10 anos, retroativos ao pedido formulado pela interessada.

Adotei, anteriormente, o entendimento diverso, com fundamento em uma das correntes do STJ conforme julgamento ocorrido no EREsp. nº 42.720.¹ 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 a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

Destarte, no passado, defendi não ser razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. O contribuinte aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. Uma vez que a jurisprudência é mansa e pacífica, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção. Declarada, assim, pelo Superior Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade material da norma legal em que fundada a exigência da natureza tributária, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido.

Atualmente, revejo a posição adotada no passado, fruto do novo e consolidado entendimento do STJ. No entanto, para melhor reflexão do meu posicionamento atual, peço vênias para trazer aos meus pares, resumo das alterações ocorridas no tempo. Assim, ao longo dos últimos anos, algumas correntes se firmaram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a uniformização da interpretação das leis.

A primeira corrente, sustentada por alguns renomados doutrinadores², 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.

¹ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/04/1995

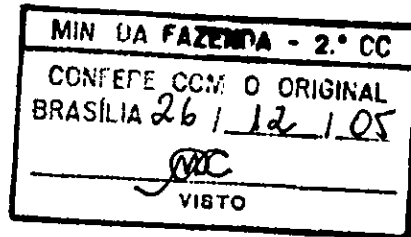
² Alberto Xavier e Marco Aurélio Greco.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482



A segunda corrente,³ 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, procurou fazer prevalecer a chamada "tese dos cinco anos", inclusive para os casos de lançamento por homologação. E, nessa persiste atualmente.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, adotou a tese fazendária, conforme podemos extrair do 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)

Contudo, a jurisprudência do Colendo Tribunal, não se manteve no sentido do acórdão acima, 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 DESTE 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)

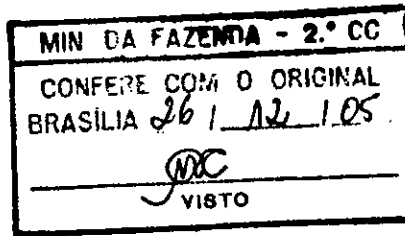
Posteriormente, uma terceira corrente surgiu dentro do STJ, fixando novo termo inicial para a ação de repetição do indébito tributário, em casos de controle de

³ sustentada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coelho e Paulo de Barros Carvalho.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482



2º CC-MF
Fl.

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 entendimento, a inconstitucionalidade declarada pela Excelsa Corte 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. 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 acima, adotada anteriormente pelo STJ, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, seria possível a repetição de todos os valores pagos indevidamente, com efeitos *ex tunc*.⁴ E nesse sentido, a exemplo de várias decisões dos Conselhos de Contribuintes é que reconheço ter me filiado por um longo período.

Todavia, quando o STJ parecia ter encontrado uma solução, adotando conjuntamente a "tese dos dez anos" com a "tese das declarações de inconstitucionalidade", a Primeira Seção do Tribunal, no julgamento do ERESP 435835, decidiu aplicar a regra geral dos "cinco mais cinco" nos casos de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES AUTÔNOMOS E AVULSOS. RESTITUIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475 DO CPC. SÚMULA N. 284/STF.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

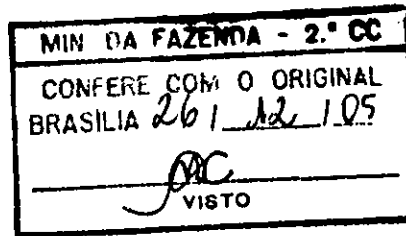
2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ).

⁴ Veja-se RESP 543502/MG, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 20/11/03, DJ DATA: 16/02/2004- Relator- LUIZ FUX.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482



2º CC-MF
Fl.

3. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente não demonstra as razões pela qual o dispositivo legal mencionado foi contrariado.*
4. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (RESP 659418 / RS, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data do Julgamento 16/09/2004, DJ 25.10.2004).*

E, nesse entendimento de se adotar uma única regra, vem se posicionando atualmente o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a jurisprudência anterior firmada no final de 2003, admitia a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) ou a partir de resolução editada pelo Senado Federal. Esse posicionamento, no entanto, segundo palavras do Ministro João Otávio de Noronha, gerava embaraço e desconforto nos julgamentos, razão pela qual a maioria dos ministros resolveu revisar o posicionamento a favor da tese dos "cinco mais cinco". A adoção da regra geral dos "cinco mais cinco", segundo o eminente ministro, visa conferir mais segurança à prática tributária.

Essa tese, sem dúvida, é menos suscetível às inseguranças do mundo jurídico e é o que melhor se harmoniza com o perfil dúplice do controle judicial de constitucionalidade das normas, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. De fato, os contribuintes não podem ficar à espera de que uma eventual Resolução do Senado seja publicada, resolução esta que sequer poderá acontecer. Ademais, permitir que uma decisão *inter partes* passe a repercutir de maneira geral é o mesmo que estender o limite da coisa julgada para além dos quadrantes do processo, para atingir a esfera de interesses de quem não foi parte na relação processual. Ao se admitir tal possibilidade, estar-se-ia desnaturando a clássica distinção entre o controle de constitucionalidade por via da ação e o controle por via de exceção, aproximando-se os seus efeitos.

Finalmente, em tempo, oportuno registrar o disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005⁵. Sobre a matéria, segundo noticiam os Embargos de Declaração 327.043/DF, a nova regra - de cinco anos contados a partir do pagamento indevido, introduzida pela Lei Complementar, aplica-se somente aos pedidos administrativos ou ações judiciais protocoladas ou ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005. Antes do pedido, vale a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, geral de 10 anos.

⁵ "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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.002728/2003-17
Recurso nº : 129.298
Acórdão nº : 203-10.482

CONCLUSÃO

Tendo em vista que o pedido foi formulado em 31 de março de 2003, relativo aos períodos de apuração de janeiro/90 a dezembro de 1990, manifesto o meu voto no sentido de negar provimento ao recurso, face à decadência.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

