



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

281

Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

Recorrente : CLÍNICA DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA ROCHA VARGAS S/C LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PIS. DECADÊNCIA DIREITO DE REPETIR/COMPENSAR –
A decadência do direito de pleitear a compensação/restituição 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). Assim, a partir da publicação, conta-se 5 (cinco) anos até a data do protocolo do pedido (termo final). *In casu*, não ocorreu a decadência do direito postulado.

Sobre os valores ressarcíveis, devem ser descontados os valores que deveriam ter sido pagos com base na LC 07/70, ou seja, o PIS-REPIQUE.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CLÍNICA DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA ROCHA VARGAS S/C LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para afastar a decadência e reconhecer o direito da repetição da diferença entre o recolhido com base no Pis-Faturamento indevido com base no Pis-Repique.** Vencidos os Conselheiros Nayra Bastos Manatta (Relatora), Júlio César Alves Ramos e Henrique Pinheiro Torres que negavam provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Jorge Freire para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2007.


Henrique Pinheiro Torres

Presidente



Jorge Freire
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Aírton Adelar Hack, Leonardo Siade Manzan e Flávio de Sá Munhoz.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

282

Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

Recorrente : **CLÍNICA DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA ROCHA VARGAS S/C LTDA.**

RELATÓRIO

Trata o presente processo de solicitação de restituição de valores ditos recolhidos indevidamente a título de PIS, relativos aos períodos de apuração de janeiro/90 a dezembro/95, formulado em 21/10/99.

A Delegacia da Receita Federal de origem indeferiu em parte a solicitação da contribuinte considerando ter ocorrido a decadência do direito de pleitear a restituição em relação aos pagamentos efetuados até 21/10/94, tendo reconhecido o direito creditório da contribuinte no período não decaído com base no PIS-Repique, e homologado as compensações apresentadas em outubro/99, não homologando as apresentadas em novembro e dezembro/99 e janeiro/00.

Inconformada, a empresa apresenta manifestação de inconformidade na qual solicitou a homologação do pedido de compensação e o arquivamento do processo. Fez, em resumo, as seguintes considerações:

1. o prazo para se reaver o imposto pago a maior é de dez anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, conforme jurisprudência do STJ;
2. o início da contagem do prazo decadencial é a data de publicação da Resolução nº 49/95 do Senado Federal que estendeu os efeitos da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2445/88 e 2449/88; e
3. o PIS não poderia ter sido alterado pela MP nº 1212/95, razão pela qual vem efetuado as compensações com os valores recolhidos com base em tal norma jurídica.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se no sentido de indeferir a solicitação interposta pela contribuinte mantendo a decisão proferida pela DRF sob os mesmos argumentos.

A contribuinte cientificada do teor do referido Acórdão, e, inconformada com o julgamento proferido interpôs recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes no qual reitera suas razões apresentadas na inicial.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

283

Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente há de ser analisada a questão da prescrição, que, no caso presente, atinge todos os recolhimentos.

A autoridade singular indeferiu em parte o pleito da recorrente por considerar, primeiramente, caduco o direito pretendido, vez que, o pedido de repetição do indébito fora feito após transcorrido cinco anos da extinção do crédito pelo pagamento.

A propósito, essa questão da prescrição foi muito bem enfrentada pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 129109, no qual baseio-me para retirar as razões acerca da contagem de prazo prescricional.

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:

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

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;

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. Nos casos em que houvesse resolução do Senado suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF, a jurisprudência dominante nos Conselhos de Contribuintes e, também, na Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido de que o prazo para repetição de eventual indébito contava-se a partir da publicação do ato senatorial. Especificamente, para a hipótese de restituição de pagamentos efetuados a maior por força dos inconstitucionais Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, o marco inicial da contagem da prescrição, consoante a jurisprudência destes colegiados, é 10 de outubro de 1995, data de publicação da Resolução 49 do Senado da República. Entretanto, com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo artigo 3º deu interpretação autêntica ao artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional, estabelecendo que a



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º da Lei 5.172/1966, o único entendimento possível é o trazido na novel Lei Complementar.

Esclareça-se, por oportuno, que em se tratando de norma expressamente interpretativa, deve ser obrigatoriamente aplicada aos casos não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN.

Assim sendo, no caso em análise, quanto o pedido de repetição do indébito foi formulado (21/10/99) o direito de a contribuinte formular tal pleito relativo aos pagamentos realizados até 21/10/94 já se encontrava prescrito por haver transcorrido mais de cinco anos da data do pagamento.

No que diz respeito ao julgamento da ADIN 1407-0/DF, observa-se que apenas o art. 18 é que foi declarado inconstitucional, no que tange à aplicação retroativa a outubro/95 da MP nº 1212/95.

Primeiramente vale pequena explanação acerca da diferença entre as sentenças declaratórias e as constitutivas, apenas no que diz respeito ao interesse da matéria ora tratada – declaração de inconstitucionalidade.

A pura declaração, cuja finalidade é restabelecer o direito objetivo, acabando com a incerteza, quando o faz, declara nulos desde o início os atos praticados, de forma a não poderem produzir efeitos jurídicos; já a sentença constitutiva, admitindo o vício, anula-o, isto é, o ato pode ser nulo, mas esta nulidade deve ser reconhecida pelo juiz e, após tal decisão, opera-se uma modificação do estado anterior, produzindo, portanto, efeitos *ex nunc*, segundo entendimento esposado por Giuseppe Chiovenda in Instituciones de Derecho Procesal Civil, 2ª edição, Editora Madri.

A sentença proferida, no caso de declaração de inconstitucionalidade, é declaratória cuja pretensão é obter a certeza jurídica, saber se o direito existe, excluindo, desta forma, toda dúvida sobre a sua existência, não tem virtude de criar o direito, mas, apenas, declarar o direito existente, e, por isso mesmo, produz efeitos *ex tunc*.

A declaração de inconstitucionalidade não revoga a lei, mas a torna nula, como se esta nunca tivesse existido. Segundo Alfredo Buzaid in Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, 1958, a norma inconstitucional é absolutamente nula, e não simplesmente anulável, considerando que a inconstitucionalidade a fere *ab initio*, e que ela não chegou a viver, nasceu morta, não tendo, portanto, nenhum momento de validade e, conseqüentemente nenhuma eficácia desde o seu berço.

Carlos Espósito vai mais além quando afirma que atribuir às leis inconstitucionais uma eficácia temporária até o seu julgamento seria privar a Constituição de uma parte de sua eficácia em benefício das leis ordinárias e que, no conflito entre as duas, deve sempre preponderar aquela. Aceitar que a lei inconstitucional possa ter validade, ainda que temporária, seria o mesmo que aceitar que, durante este período, esteve suspensa a eficácia da Constituição.

Nascendo morta a lei ou, no caso presente, parte de dispositivo nela contido, a lei anterior que regulava a matéria nunca foi revogada, já que a revogadora jamais teve eficácia em face à sua inconstitucionalidade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

285

Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

Assim sendo não há como se dizer que houve reprivatização da Lei Complementar nº 07/1970, no período de outubro/95 a fevereiro/96, uma vez que o art. 18 da MP 1212/95 foi declarado inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, tendo esta declaração efeitos *ex tunc*.

O princípio da anterioridade nonagesimal, previsto no art. 195 § 6º da CF/88, argüido pela recorrente, não se aplica, em absoluto às medidas provisórias que sucederam a de nº 1212/95. As alterações da contribuição para o PIS foram introduzidas no ordenamento jurídico do país por meio da MP nº 1212/95. Sendo assim, o prazo nonagesimal deveria ser aplicado apenas à MP nº 1212/95, como de fato o foi.

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

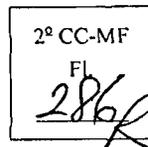
Por outro lado, a Medida Provisória nº 1.212/1995, reeditada inúmeras vezes, teve a última de suas reedições convertida em lei, o que tornou definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* sem solução de continuidade, desde a primeira publicação, *in casu*, desde 29 de novembro de 1995, preservada a identidade originária de seu conteúdo normativo. Em resumo, o conteúdo normativo da Medida Provisória nº 1.212/1995 passou a vigor desde 29/11/1995, e tornou-se definitivo com a Lei nº 9.715/1998. Todavia, por versar sobre contribuição social, somente produziu efeitos após o transcurso do prazo de noventa dias, contados de sua publicação, em respeito à anterioridade nonagesimal das contribuições sociais. Daí, que até 29 de fevereiro de 1996, vigeu para o Pis, a Lei Complementar nº 7/70 e suas alterações. A partir de 1º de março de 1996, passou então a vigorar, plenamente, a norma trazida pela MP nº 1.212/1996, suas reedições e, posteriormente a lei de conversão (Lei nº 9.715/1998).

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

¹ Informativo do STF nº 104, p. 4.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

(..) uma vez convertida a medida provisória em lei, no prazo previsto no parágrafo único do art. 62 da Carta Política da República, conta-se a partir da veiculação da primeira o período de noventa dias de que cogita o § 6º do art. 195, também da Constituição Federal. A circunstância de a lei de conversão haver sido publicada após os trinta dias não prejudica a contagem, considerado como termo inicial a data em que divulgada a medida provisória.

Por fim, cabe reforçar que, com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 18 da Lei nº 9.715/1998, que suprimia a anterioridade nonagesimal da contribuição, as alterações introduzidas na Contribuição para o PIS pela MP nº 1.212/1995 passaram a surtir efeitos a partir de março de 1996; anteriormente a essa data, aplicava-se o disposto na Lei Complementar nº 07/1970, onde, para as empresas prestadoras de serviço, correspondia a 5% do Imposto de Renda Devido ou como se devido o fosse.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2007.


NAYRA BASTOS MANATTA //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

287

Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

VOTO DO CONSELHEIRO-DESIGANDO
JORGE FREIRE

Com a devida vênia, divirjo da inclita relatora no que concerne à decadência do direito à repetição do indébito do PIS recolhido na forma dos malsinados Decreto-lei 2.445 e 2.449. Na hipótese, versando sobre repetição de indébito fulcrada em norma impositiva que veio a ser declarada inconstitucional pelo E. STF, entendo que a decadência ao direito de repetir se dá a partir da resolução do Senado que suspendeu a execução da norma declarada inconstitucional, no caso os malsinados Decretos-lei 2.445 e 2.449, na esteira da jurisprudência firmada por este Conselho, tendo em conta manifestação do STJ no sentido de que o artigo 3º da LC 118/2005 não se aplica retroativamente.

Dessarte, uma vez tratar-se de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foi editada Resolução do Senado Federal de nº 49, de 09/09/1995, retirando a eficácia das aludidas normas legais que foram acimadas de inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Assim, havendo manifestação senatorial suspendendo a execução das normas declaradas inconstitucionais, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, é a partir da publicação da aludida Resolução que o entendimento da Egrégia Corte espraia-se *erga omnes*.

Portanto, tenho para mim que o direito subjetivo do contribuinte postular a repetição ou compensação de indébito pago com arrimo em norma declarada inconstitucional, nasce a partir da publicação da Resolução nº 49² o que se operou em 10/10/95. Não discrepa tal entendimento do disposto no item 27 do Parecer SRF/COSIT nº 58, de 27 de outubro de 1998. E, conforme remansoso entendimento majoritário desta Câmara, o prazo para tal flui ao longo de cinco anos.

Dessarte, tendo o contribuinte ingressado com seu pedido de compensação em 21/10/99, não identifico óbice a que seu pedido de compensação/restituição seja apreciado. Portanto, julgo procedente a preliminar suscitada no sentido de que não está decaído seu direito à repetição do que houver sido pago na regência daqueles Decretos-lei fulminados de inconstitucionalidade e que tenha resultado em valores pagos a maior do que seria na regência da LC 07/70. E uma vez não decaído esse direito, pode, também na esteira da consentânea jurisprudência deste Conselho, ver-se repetido de todos os valores pagos indevidamente com base nas normas declaradas inconstitucionais, os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449.

De outro turno, sobre os valores ressarcíveis deve ser descontado, eventualmente, os valores que deveriam ter sido pagos a título de PIS-REPIQUE, uma vez tratando-se a recorrente de prestadora de serviços.

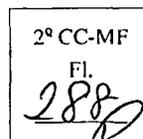
CONCLUSÃO

Forte no exposto,

² No mesmo sentido Acórdão nº 202-11.846, de 23 de fevereiro de 2000.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

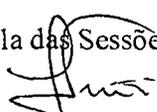


Processo nº : 10860.002069/99-79
Recurso nº : 138.210
Acórdão nº : 204-02.416

DOU PROVIMENTO AO RECURSO PARA DECLARAR QUE NÃO HOUE
DECADÊNCIA AO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO PIS PAGO COM BASE NOS
DECRETOS-LEI 2.445 E 2.449, DESCONTANDO-SE O VALOR QUE DEVERIA TER SIDO
PAGO COM BASE NA LC 07/70, OU SEJA, O PIS-REPIQUE.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2007.


JORGE FREIRE 4