



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2.º	PUBLI CADO NO D. O. U.
C	De 16 / 02 / 03
C	Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Recorrente : CARELLI BARRETO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS S/C LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PIS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19 / 6 / 2006

Cleuzo Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Cabível o pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior, a título de Contribuição na modalidade PIS/Repique, nos moldes dos inconstitucionais Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, sendo que o prazo de decadência/prescrição de cinco anos deve ser contado a partir da edição da Resolução nº 49, do Senado Federal.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CARELLI BARRETO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS S/C LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso**, nos termos do voto do Relator-Designado. Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Atulim e Maria Cristina Roza da Costa (Relatora). Designado o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.

Antonio Carlos Atulim
Antonio Carlos Atulim
Presidente

Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Relator-Designado.

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente), Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Antonio Zomer e Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/16/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuzá Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : CARELLI BARRETO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS S/C LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento da Delégacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP.

Por bem descrever os fatos, reproduz-se, abaixo, o relatório da decisão recorrida:

"Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, apresentado em 12 de novembro de 1999 (fl. 1), referente ao período de apuração de fevereiro de 1989 a setembro de 1995 (fls. 3/80), num montante de R\$ 4.353,61.

2. A autoridade fiscal deferiu parcialmente o pedido (fls. 173/177), reconhecendo um direito creditório de R\$ 87,44 e homologando parcialmente as compensações apresentadas. A parte indeferida está fundamentada na decadência do direito a pleitear a restituição, pelo decurso de prazo superior a cinco anos, entre os pagamentos efetivados antes de 12/11/94 e a protocolização do pedido, nos termos do Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26 de novembro de 1999. Quanto aos recolhimentos efetivados dentro dos cinco anos anteriores ao pedido, houve reconhecimento do direito creditório, porém, calculando o PIS devido à época na modalidade Repique, nos termos do disposto no § 2º c/c § 1º, do art. 3º da Lei Complementar 7/70, por se tratar de prestadora de serviços. Por fim, após constatar que havia ocorrido a homologação das compensações apresentadas originariamente (fl.1), a autoridade fiscal não homologou as demais compensações.

3. Com base nessa decisão, a DRF não homologou as demais Declarações de Compensação, as quais constam dos processos apensados (10860.006913/2002-33, 10860.002047/2003-92, 10860.001534/2003-38, 10860.001041/2003-06, 10860.000674/2003-99, 10860.000221/2003-62, 10860.006909/2002-75 e 10860.005950/2002-24).

4. Cientificada da decisão em 8 de dezembro de 2004, a contribuinte manifestou seu inconformismo com o despacho decisório, em 27/12/2004 (fls. 191/209), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

4.1 – primeiramente, seu pedido de restituição foi protocolizado em novembro de 1999 e, conforme artigos 48 e 49 da Lei 9.784, de 1999, a administração teria o prazo de 60 dias para decidir a respeito. Não o fazendo, como o caso, houve a homologação por decurso de prazo;

4.2 – inexistente dispositivo legal estabelecendo a decadência para o pedido da contribuinte, de haver tributo cobrado com base em lei inconstitucional, pois não é tributo, não estando portanto sujeito às normas pertinentes ao Direito Tributário;

4.3 - conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/06/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

4.4. - conforme doutrina e jurisprudência, a contribuição do PIS devida em cada mês é calculada tendo por base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária;

4.5 - requer o deferimento de seu pedido e a homologação das compensações.

5. Em todos os processos apensados ao presente - listados anteriormente -, relativos às Declarações de Compensação controladas em autos próprios, a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade de idêntico teor."

Apreciando as razões postas na impugnação, o Colegiado de primeira instância proferiu decisão resumida na seguinte ementa:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/02/1989 a 30/09/1995

Ementa: PIS. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/99. VINCULAÇÃO.

Consoante Ato Declaratório SRF 96/99, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/12/1994 a 30/09/1995

Ementa: PIS. BASE DE CÁLCULO. Prestadora de Serviços.

A base de cálculo da contribuição ao PIS das empresas prestadoras de serviços é o imposto de renda devido ou como se devido fosse.

Solicitação Indeferida".

Intimada a conhecer da decisão em 29/03/2005, a empresa, insurreta contra seus termos, apresentou, em 20/04/2005, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com as seguintes razões de dissentir:

- a) permanência da semestralidade na base de cálculo da contribuição até a edição da Medida Provisória nº 1.212/1995;
- b) reporta-se à MP nº 1.360/96 para reafirmar que as alterações legislativas introduzidas posteriormente à LC nº 07/70 foram canceladas;
- c) defende a liquidez e certeza do crédito pretendido, alegando que inexistente dispositivo legal estabelecendo a decadência para o pedido do contribuinte, por haver tributo cobrado com base em lei inconstitucional; e
- d) aduz que a restituição pedida não é de tributo e, por conseguinte, não estaria sujeita às normas pertinentes de Direito Tributário, mas às normas aplicáveis do Direito Civil.

Alfim, requer seja o recurso conhecido e provido, anulando a decisão recorrida para deferir o pedido de reconhecimento do crédito na forma em que foi apurado.

J *C*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Aos presentes autos foram anexados os Processos nºs 10860.005950/2002-24, 10860.006909/2002-75, 10860.006913/2002-33, 10860.000221/2003-62, 10860.000674/2003-99, 10860.001041/2003-06, 10860.001534/2003-38 e 10860.002047/2003-92, pela repartição de origem, por se tratar da mesma matéria, contendo idênticas decisões da autoridade tributária jurisdicionante e da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP.

É o relatório.

P



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF. em 19/6/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuzo Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

VOTO VENCIDO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

Trata-se de pedido de restituição de indébito relativo à contribuição para o PIS recolhido no período compreendido entre fevereiro de 1989 e setembro de 1995, sob a égide dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em caráter incidental, a qual foi objeto da Resolução nº 49, expedida pelo Senado Federal, consoante inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

O pedido foi formulado em 12/11/1999 (fl.01).

A autoridade administrativa de jurisdição da recorrente deferiu parcialmente o pleito para reconhecer o direito à restituição/compensação dos valores pagos a maior que o devido nas condições acima relatadas, do período compreendido entre novembro de 1994 e outubro de 1995.

Assim, o presente recurso voluntário está circunscrito ao período anterior a outubro de 1994, inclusive.

Em se tratando de direito de repetir indébito, tal matéria já foi, iteradas vezes, tratada pelos três Conselhos de Contribuintes e pacificada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF no sentido de que o prazo prescricional para o pedido de repetição de indébito em caso de recolhimento efetuado a maior que o devido, em razão de declaração de inconstitucionalidade pelo STF de lei tributária que vigeu e produziu seus efeitos até a ocorrência da manifestação do Tribunal Maior, se proferida em sede de controle concentrado ou se em sede de controle difuso, com efeitos *erga omnes* a partir da publicação de Resolução do Senado Federal, nos termos do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, é de cinco anos, contados da entrada no mundo jurídico de um dos referidos atos.

Em inúmeras oportunidades firmei meu voto nesse mesmo sentido, entendendo, também, que no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de lei que promoveu a exigência tributária, o direito ao indébito surgia somente a partir do momento em que era declarada a exclusão ou suspensão de seus efeitos do mundo jurídico, cessando o direito-dever potestativo do Estado em efetuar a cobrança de tal tributo.

Entretanto, após aprofundar no estudo da matéria acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque principalmente nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proporcionalidade, não me restou alternativa diferente da que agora me posiciono.

CR

CR



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuzá Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Apropriando-me de conclusões obtidas a partir de trabalho monográfico¹ respeitante ao limite temporal para o exercício do direito de repetição de indébito, em face da decisão de inconstitucionalidade, seja proferida em sede do controle difuso, seja em controle concentrado, firmo meu voto, como a seguir transcrito:

"Por todo o exposto, impende enumerar as conclusões seguintes:

- 1. A Constituição atribui valor, espaço e tempo ao conteúdo fático das normas, ultrapassando a sua dimensão exclusivamente normativa.*
- 2. A desconformidade da norma infraconstitucional com a Lei Fundamental encerra uma contradição em si mesmo. Entretanto, os sistemas jurídicos constitucionais em vigor nos Estados Democráticos, universalmente considerados, têm se visto às voltas com o tratamento a ser dado às leis promulgadas de forma incompatível com a Constituição ou cujo procedimento de produção normativa não se ateve ao rito legislativo estabelecido, em face das conseqüências sociais advindas de uma posterior retirada da juridicidade de normas que já produziram efeitos ao tempo de sua vigência.*
- 3. No estudo comparado dos sistemas constitucionais de diversos países constata-se a firme tendência no sentido de flexibilizar e até mesmo impedir a produção de efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade.*
- 4. O sistema jurídico brasileiro combina dois métodos de verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais: o direto, que também é chamado concentrado, principal ou em tese ou abstrato; e o indireto, ao qual se aplicam igualmente as designações de difuso, incidental, por via de exceção ou concreto.*
- 5. Os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica têm como escopo defender a existência do Estado Democrático de Direito. O princípio da legalidade estrita no Direito Tributário visa, essencialmente, a segurança jurídica e a não-surpresa para qualquer das partes da relação jurídica. Antepõem-se como balizas os princípios da anterioridade e da anualidade, esta última mitigada no caso das contribuições, mas ainda suficiente para atender ao desiderato implícito na Constituição da não-surpresa em matéria tributária.*
- 6. O constitucionalismo arrima-se, fundamentalmente, na ordem jurídica exsurgida do poder constitucional originário e, regra geral, aperfeiçoa-se, no fluir do tempo, pelas modificações que porventura sejam necessárias introduzir, o que é executado pelo poder constituinte derivado. A revisão posterior de norma produzida sem observância do rigor constitucional imprescindível à sua validade e eficácia, mas que mesmo assim adentra no ordenamento jurídico, é efetuada em momento diverso daquele em que ela foi gerada, o que faz com que ela deixe rastros indelévels de sua existência no universo fático que juridicizou.*
- 7. A Lei nº 9.868/1999, visando atingir o desiderato da segurança jurídica, sobrepôs o interesse social e o princípio da segurança jurídica ao princípio da legalidade, autorizando o STF modular a eficácia da declaração produzida restringindo seus efeitos ou estabelecendo-lhe o die a quo.*
- 8. Os institutos da decadência e da prescrição em matéria de direito tributário alcançam, o primeiro, o exercício do direito potestativo (poder-dever) da Administração*

¹ Diversos autores. Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicados. São Paulo: Quartie Latin. 2005. p. 127 e ss



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuzo Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

em praticar o ato administrativo do lançamento (CTN, art. 173) e o segundo, o crédito tributário constituído ou o pagamento efetuado (art. 150 CTN).

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 enfeixar 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.

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 sua trajetória para o passado no processo de anulação da juridicidade 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.”

C *J* 7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Diante dessas considerações, entendo não merecer guarida a tese da recorrente.

Entretanto, devem ser enfrentadas as demais matérias, uma vez que, se restar vencida quanto a esta parte, deverá a Câmara apreciar o mérito.

Quanto à alegação de que não se trata de pedido de restituição de tributo, não merece prosperar tal argumento. Se assim fosse, não seria o rito do processo administrativo fiscal o meio legal de obtenção da tutela pretendida, uma vez que tal rito aplica-se, exclusivamente, às questões de direito tributário. Por outro lado, os arts. 165 e 168 do CTN cuidam, especificamente, dos recolhimentos indevidos ou a maior que o devido.

No contexto em que a recorrente inseriu o tributo recolhido indevidamente, em face da declaração de inconstitucionalidade, não caberia arrimar o pedido exatamente sobre a legislação que cuida de tributos. Portanto, mostra-se incoerente com a ação executada a alegação apresentada.

Quer queira, ou não, os valores recolhidos o foram a título de tributos mesmo que posteriormente se constate que tenha havido excesso ou impertinência no recolhimento efetuado.

Nesse diapasão, como vem decidindo este Conselho, cuja jurisprudência já se encontra pacificada, bem como a da Câmara Superior de Recursos Fiscais, deve ser reconhecido o direito da recorrente de efetuar a apuração da contribuição para o PIS no período anterior à eficácia da MP nº 1.212/1995 – até fevereiro de 1996, nos termos da Lei Complementar nº 07/70.

Entretanto, considerando a ocorrência da prescrição do direito de peticionar a restituição do tributo recolhido a maior que o devido nos períodos anteriores a outubro de 1994, inclusive, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.

Maria Cristina Roza da Costa
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

VOTO DO CONSELHEIRO-DESIGNADO DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

O recurso voluntário da recorrente atende aos pressupostos para a sua admissibilidade, daí dele se conhecer.

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 decaído a recorrente do direito de pleitear a restituição/compensação da Contribuição para o PIS, nos moldes em que formulada nestes autos.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Primeira Seção, fixou o entendimento de que “... no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.”²

Para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, reconhecida é a restituição do indébito contra a Fazenda, sendo o prazo de decadência contado segundo a denominada tese dos 5+5, nos moldes em que acima transcrito.

Com a devida vênia àqueles que sustentam a referida tese, consigno que não me filio à 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.

Ocorre que a defesa à tese dos 5+5 contraria o próprio sistema constitucional brasileiro, de acordo com o qual, uma vez declarada, pelo C. Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de determinada exação em controle difuso de constitucionalidade, compete ao Senado Federal suspender a execução da norma declarada inconstitucional, nos termos em que disposto no art. 52, inciso X, da Carta Magna, sendo que, a partir de então, são tidos por inexistentes os atos praticados sob a égide da norma inconstitucional.

A esse propósito, inclusive, cumpre observar as lições de Mauro Cappelletti, ao discorrer sobre os efeitos do controle de constitucionalidade das leis:

“De novo se revela, a este propósito, uma radical e extremamente interessante contraposição entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco, elaborado, como se lembrou, especialmente por obra de Hans Kelsen.

No primeiro desses dois sistemas, segunda a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (“null and void”), e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional.” (destacamos).

²Recurso Especial nº 608.844-CE, Ministro José Delgado, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão publicado em DJU, Seção I, de 7/6/2004.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

No caso em tela foi justamente isso o que ocorreu. O C. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 148.754/RJ – portanto, em sede de controle concreto de constitucionalidade –, declarou inconstitucionais os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, que alteraram a sistemática de apuração do PIS, tendo o Senado, em 10/10/1995, publicado a **Resolução nº 49/95**, suspendendo a execução dos referidos diplomas legais.

A partir daquele momento, aquelas normas **declaradas** inconstitucionais foram expulsas do sistema jurídico, de forma que todo e qualquer recolhimento efetuado com base nas mesmas o foram de forma equivocada, razão pela qual possui a ora requerente direito à restituição dos valores recolhidos, **independentemente de ter havido homologação desses valores ou não**.

Em verdade, como no sistema constitucional brasileiro predomina a tese da **nulidade** das normas inconstitucionais, cuja declaração apresenta eficácia *ex tunc*, todos os atos firmados sob a égide da norma inconstitucional são nulos. Conseqüentemente, todo e qualquer tributo cobrado indevidamente – como é o caso presente – é ilegal e inconstitucional, possuindo a contribuinte, ora recorrente, direito à repetição daquilo que contribuiu com base na presunção de constitucionalidade da norma.

Não há, portanto, como se falar em prazo prescricional iniciado com o fato gerador, eis que, a teor do que prescreve o ordenamento pátrio, não há nem mesmo que se falar em fato gerador, eis que não há tributo a ser recolhido.

Aliás, o C. Supremo Tribunal Federal há muito já exarou posicionamento no sentido de que uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma que instituiu determinada exação, surge para o contribuinte o direito de repetir aquilo que pagou indevidamente. Vejamos:

“Declarada, assim, pelo Plenário, a inconstitucionalidade material das normas legais em que fundada a exigência da natureza tributária, porque falta a título de cobrança de empréstimo compulsório -, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (C.Trib. Nac., art. 165), independentemente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido.” (Recurso Extraordinário nº 136.883-7/RJ, Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 13/9/91)

Assim, admitir que a prescrição tem curso a partir do fato gerador da exação tida por inconstitucional implica violação direta e literal aos princípios da legalidade e da vedação ao confisco, insculpidos nos arts. 5º, inciso II, e 150, inciso IV, ambos da Constituição Federal. **Isto porque, em se tratando de lei declarada inconstitucional, a mesma é nula; logo, não há que se conceber a exigência do tributo e, por conseguinte, que se falar em fato gerador do mesmo.** E, em sendo nula a exação, o seu recolhimento implica confisco por parte da Administração, devendo, portanto, ser restituído ao contribuinte – *in casu*, à recorrente –, o valor confiscado.

Por certo, o nosso ordenamento jurídico prevê, como princípio, a prescritebilidade das relações jurídicas, razão pela qual não há que se conceber que o direito do contribuinte de reaver os valores cobrados indevidamente não sofra os efeitos da prescrição. Por outro lado, não se pode admitir que aquele, que de boa-fé e com base na presunção de constitucionalidade da exação outrora declarada inconstitucional, seja prejudicado com isso. Daí se mostra a necessidade da aplicação do princípio da razoabilidade.

and

de



Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Atendendo a essa lógica, cumpre a nós, Julgadores, analisar a situação e contrabalançar os fatos e direitos a fim de propiciar uma aplicação justa e equânime da norma. Considerar – como foi feito na presente situação – que, independentemente da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, o prazo prescricional para a recorrente pleitear a restituição daqueles valores que recolheu indevidamente, teria início com o fato gerador (inexistente, por sinal) da exação, não se afigura a melhor solução, e, tampouco, atende aos princípios da razoabilidade e da justiça, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal).

A esse propósito, inclusive, vale observar que o próprio Superior Tribunal de Justiça e por sua Primeira Seção, analisando embargos de divergência no Recurso Especial nº 423.994, publicado no Diário da Justiça de 5/4/2004, seguindo o voto do Ministro Relator Francisco Peçanha Martins, **firmou posicionamento nesse mesmo sentido**. Confira-se trecho do voto condutor do aludido recurso:

“Na hipótese de ser declarada a inconstitucionalidade da exação e, por isso, excluída do ordenamento jurídico desde quando instituída como ocorreu com os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, que alteravam a sistemática de contribuição do PIS (RE 148.754/RJ, DJ 04.03.94), penso que a prescrição só pode ser estabelecida em relação à ação e não com referência às parcelas recolhidas porque indevidas desde a sua instituição, tornando-se inexigível e, via de consequência, possibilitando a sua restituição ou compensação. Não há que perquirir se houve homologação.” (destacamos e grifamos)

O acórdão recorrido, por seu turno, externou posicionamento no sentido diametralmente oposto, qual seja, de que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional teria início com o fato gerador da exação, variando conforme a homologação, **desconsiderando a existência ou não de declaração de inconstitucionalidade da norma**.

Cumpre ainda observar o que dispõem os arts. 165 e 168, ambos do Código Tributário Nacional:

“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 art. 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;

II – 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;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II – nas hipóteses do inciso III do art. 165, 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.” (destaquei)



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 19/6/2006

2º CC-MF
Fl.

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo nº : 10860.002287/99-40
Recurso nº : 129.592
Acórdão nº : 202-16.644

Com efeito, se um determinado contribuinte recolheu mais tributo do que o devido por um equívoco seu (art. 165, inciso I, CTN), a prescrição tem início com a extinção do crédito tributário (art. 168, inciso I, CTN), que se deu com a homologação do lançamento. Logo, correta a aplicação da tese esposada no acórdão recorrido.

Todavia, em casos, como o presente, em que a contribuinte recolheu tributo indevido (art. 165, inciso I, CTN), com base em lei que, em momento ulterior, foi declarada inconstitucional, a contagem se dá de outra forma. Isto porque, no mundo jurídico, os decretos-leis que tinham instituído a cobrança indevida, não existem, de modo que não se pode falar em crédito tributário propriamente dito.

Com isso, aplica-se, subsidiariamente o Decreto nº 20.910/32, de acordo com o qual **“as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”** (art. 1º).

Como o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em controle concreto de constitucionalidade, essa decisão só passou a ter eficácia *erga omnes* com a publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, de 10/10/1995, momento em que a requerente passou a fazer *jus* à restituição dos valores pagos indevidamente.

Levando-se, ainda, em consideração que o prazo prescricional é de cinco anos, a prescrição para a recorrente pleitear a restituição da quantia paga indevidamente somente se consumaria em 10/10/2000.

***In casu*, o pleito foi formulado pela recorrente em 12/11/1999, portanto, anterior a 10/10/2000, o que afasta a decadência do referido pedido administrativo.**

Em face do exposto e quanto ao prazo de decadência para a apresentação do pleito de repetição/compensação formulado, dou provimento parcial ao recurso; garantido à SRF apurar a liquidez e certeza dos créditos reclamados na modalidade PIS/Repique.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.

DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA