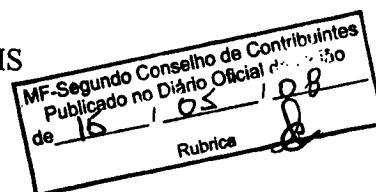




**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**SEGUNDA CÂMARA**

**Processo nº** 10920.001429/00-04  
**Recurso nº** 135.534 Voluntário  
**Matéria** RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE PIS  
**Acórdão nº** 202-18.508  
**Sessão de** 22 de novembro de 2007  
**Recorrente** BATTISTELLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**Recorrida** DRJ em Juiz de Fora - MG



Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995

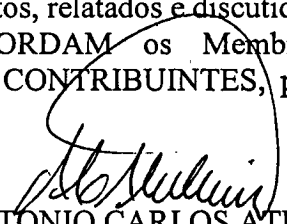
Ementa: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA QÜINQÜENAL.

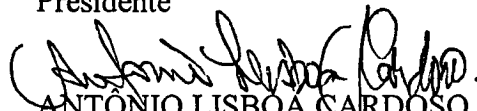
O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior, a título de contribuição para o PIS, nos moldes dos inconstitucionais Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, tem como prazo de decadência/prescrição aquele de cinco anos, contado a partir da edição da Resolução nº 49, do Senado, de 10/10/1995 (Precedente Acórdão nº 202-16.357).

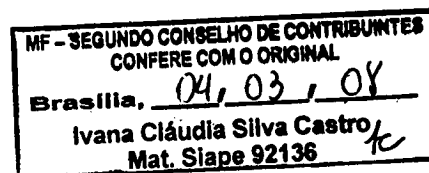
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

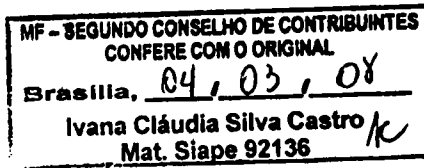
  
ANTONIO CARLOS ATULIM  
Presidente

  
ANTÔNIO LISBOA CARDOSO  
Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer e Maria Teresa Martínez López.

Ausente ocasionalmente o Conselheiro Ivan Allegretti (Suplente).



## Relatório

Trata-se de pedido de restituição/compensação de alegados créditos de PIS, em virtude da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Os pedidos de compensação foram transformados em Declaração de Compensação (Dcomp), por força do disposto no art. 74, § 4º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 49 da Lei nº 10.637/2002.

A DRJ em Juiz de Fora - MG não homologou o pedido de compensação/restituição da interessada, por considerar que o direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contado da data do pagamento, bem como por considerar incabível a declaração da recorrente de que após a declaração de inconstitucionalidade dos aludidos decretos-leis a contribuição para o PIS deve ter como base de cálculo o faturamento do sexto mês, conforme se depreende da ementa do acórdão, *verbis*:

*“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*

*Ano-calendário: 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995*

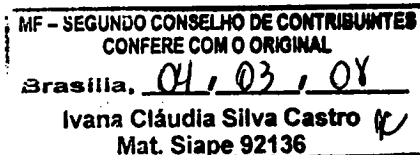
*Ementa: COMPENSAÇÃO. PRAZO. O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contado da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.*

*PRAZO DE RECOLHIMENTO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIS. Incabível a alegação de existência de créditos contra a Fazenda Nacional com fulcro em interpretação de que, após a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei n.º 2.445/88 e 2.449/88, a contribuição para o PIS deva ter como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior a ocorrência do fato gerador.”*

No recurso de fls. 218 e seguintes a recorrente alega, em síntese, a semestralidade do PIS com base no art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, a qual deve ser aplicada com a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e que a decadência do direito de pleitear a compensação/restituição tem como prazo inicial a data da publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, de 09/10/95, publicada em 10/10/95, assim, a partir desta data, contam-se 5 (cinco) anos até a data do protocolo do pedido (termo final). Cita precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Alega, por fim, que caberia ao Fisco a verificação dos cálculos efetivados para apuração de eventual excesso praticado (conforme índices oficiais), visto que apresentou todos os valores compensados, com planilhas e demais dados necessários, protestando ao final pela a reforma da decisão recorrida com a conseqüente homologação das compensações requeridas.

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

Apesar de constar do voto do acórdão recorrido que o pedido da requerente ocorreu em 09/10/2000 (fl. 213), entretanto, o pedido de restituição (fl. 1) está datado de 20/10/2000, e a data do protocolo estar rasurada, pode-se concluir que o pedido de restituição não foi protocolado em 09/10/2000, mas de fato em 20/10/2000, ou seja, quando já havia expirado o prazo decadencial.

Definitivamente afastando qualquer dúvida que pudesse pairar sobre a data do pedido de restituição, consta o documento assinado pelo representante legal da requerente, que autoriza a homologação e o conseqüente pedido de compensação do PIS, com firma reconhecida em 20/10/2000.

O indébito pleiteado refere-se aos anos-calendários 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 e 1995, cujo requerimento foi protocolado em 20/10/2000. Entretanto, o que levou a DRJ a indeferir o pleito da recorrente foi por considerar que o prazo decadencial conta-se da data do pagamento e não da Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

O assunto já foi bastante discutido no âmbito deste Colegiado, nesse sentido peço *venia* para transcrever parte do voto condutor do Acórdão nº 202-16.357, nos autos do Processo nº 13847.000227/99-59 (Recurso nº 124.876), julgado na sessão de 18 de maio de 2005, designado relator para o acórdão o Conselheiro Dalton César Cordeiro de Miranda, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, *verbis*:

*"Em preliminar, volto meus esforços para a análise de tormentosa questão. 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.'*

*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 Colendo 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.'* (destaquei).

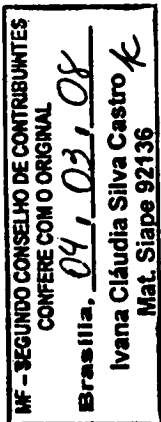
---

*1 Recurso Especial n.º 608.844-CE, Ministro José Delgado, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão publicado em DJU, Seção I, de 7/6/2004.*

*No caso em tela foi justamente isso que ocorreu. O Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n.º 148.754/RJ - portanto, em sede de controle concreto de constitucionalidade -, declarou inconstitucionais os Decretos-Leis n.ºs 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 n.º 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 Colendo Supremo Tribunal Federal há muito 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 n.º 136.883-7/RJ, Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 13/9/1991)*

*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, inculpidos nos arts. 5.º, 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 requerente -, o valor confiscado.*

*Por certo, o nosso ordenamento jurídico prevê, como princípio, a prescritibilidade 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.*

*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 n.ºs 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. 3.º, 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 n.º 423.994, publicado no Diário da*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 04, 03, 08  
Ivana Cláudia Silva Castro  
Mat. Siape 92136

*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 n.ºs 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.*

*Cumpra 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;*

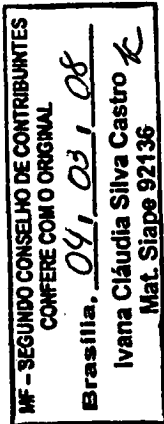
*III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

*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 - na hipótese 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.'* (grifos meus)

*Com efeito, se um determinado contribuinte recolheu mais tributo 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, do CTN), que se deu com a homologação do lançamento. Logo, correta a aplicação da tese esposada no Acórdão recorrido.*



*Todavia, nos casos, como o presente, em que a contribuinte recolheu tributo indevido (art. 165, inciso I, do 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 n.ºs 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, em 10/10/1995, momento em que a recorrente 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 26 de setembro de 2001, portanto, em data posterior a 10/10/2000, o que atrai a decadência ao referido pedido administrativo.*

*Em face de todo o exposto, com a observação de que este também é o entendimento exarado pela Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes, nego provimento ao recurso." (grifos do original).*

Portanto, no presente caso, quando o pedido de restituição foi protocolado, em 20/10/2000, já havia expirado o direito de a recorrente pleitear o indébito, visto que em 10/10/2000 se consumou o prazo decadencial contado da data da publicação da Resolução nº 49/95.

Em face do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.

  
ANTÔNIO LISBOA CARDOSO

