

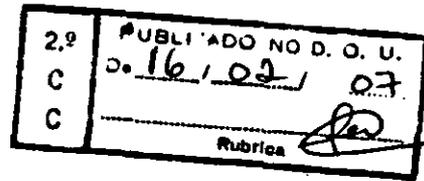


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Recorrente : JABUR ISSA & CIA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

**PIS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
DECADÊNCIA.**

Cabível 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, 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 JABUR ISSA & CIA.

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 Maria Cristina Roza da Costa (Relatora) e Antonio Carlos Atulim. Designado o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 13 de setembro 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), Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente), 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 31/10/2005

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : JABUR ISSA & CIA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, referente ao indeferimento do pedido de restituição da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, apresentado na Delegacia da Receita Federal de Ponta Grossa - PR em 09/11/1999 e relativo aos pagamentos efetuados no período compreendido entre 15/08/1989 e 04/01/1993, no valor total de R\$4.011,22.

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

"(...) a interessada alega como motivo, in verbis: " trata-se de empresa prestadora de serviços que recolheu as contribuições para o programa de integração-PIS, com base no faturamento, quando o valor correto devido seria com base no percentual de 5% (cinco) por cento do imposto de renda devido conforme estabelece a Lei Complementar n.º 7/70. A atividade da empresa é a representação comercial."; informa que pretende utilizar o crédito para compensar os débitos constantes do processo administrativo fiscal n.º 10940.000344/97-31, conforme pedido de compensação de fl. 02.

2. Instruiu seus pedidos com os documentos de fls. 03/30, dos quais se destacam: (a) às fls. 04/05, demonstrativo dos valores pagos do PIS, indicando os períodos de apuração 07/1989, 09/1989, 10/1989, 02/1990 a 06/1990, 10/1990 a 12/1992 e 01/1995 a 12/1995, e apontando um total recolhido a maior de 4.105,65 Ufir, que corresponderia a R\$ 4.011,22; (b) às fls. 06/30, cópias de DARF dos recolhimentos do PIS.

3. A Seção de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Ponta Grossa (Saort/DRF/PTG), conforme Despacho Decisório de fls. 144/147, deferiu em parte o pedido, conforme a seguinte conclusão: "Com base no parecer retro, que aprovo, faço uso da competência veiculada pela Portaria GAB/DRF-PTG n.º 21, de 10 de março de 2003, com base nas informações e tudo mais que consta neste processo, e, alicerçado no inciso I dos artigos 165 e 168 da Lei n.º 5.172/66 (CTN), combinado com o Ato Declaratório SRF n.º 096, de 26.11.99, para deferir parcialmente o pedido, reconhecer o direito creditório no valor de R\$ 885,15 (oitocentos e oitenta e cinco reais e quinze centavos) e homologar a compensação até o limite do crédito reconhecido."

4. Desse despacho decisório a interessada tomou ciência em 31/05/2004, conforme cópia de aviso de recebimento (AR) de fl. 164.

5. Inconformada com o deferimento parcial, a interessada apresentou, em 23/06/2004, a tempestiva manifestação de inconformidade de fls. 165/172, firmada por representante legal, trazendo os argumentos, em síntese, a seguir.

6. Inicialmente, relata sucintamente os fatos que levaram-na a apresentar a sua reclamação, onde afirma que seu pedido original de restituição/compensação ocorreu em 10/06/1997, quando da impugnação do auto de infração vinculado ao processo administrativo fiscal n.º 10940.000344/97-31.

7. A seguir, alega que a constituição do crédito do PIS se dá pelo chamado lançamento por homologação, conforme art. 150, parágrafos 1º e 4º do Código Tributário Nacional, o qual só se aperfeiçoaria com a homologação por parte da autoridade tributária dos prévios pagamentos que efetuou; diz que o próprio Ato Declaratório SRF n.º 96, de

vd *el*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2002

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

1999, deixa claro que o direito prescreve em cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, que, no caso em análise, dar-se-ia nos termos do art. 156, VII, do CTN (pagamento antecipado conjugado com a homologação do lançamento), e não como pretende o fisco, que baseia a extinção do crédito no art. 156, I, do CTN (data dos pagamentos); sobre o tema, cita e transcreve ementas de acórdãos do TRF/4ª e do STJ, que diz estarem de acordo com o seu entendimento, mencionando ser esse também o entendimento do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

8. No seguimento, dentro do item "Da não homologação dos créditos pela Fazenda Nacional", afirma que "no presente caso, como não houve a homologação expressa, considera-se que houve a homologação tácita nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Como o pagamento mais remoto que se pleiteia ocorreu em 15/08/89, e, como o pedido foi efetivado na impugnação em 10 de junho de 1.997, não há que se falar em decadência. No caso, a decadência do direito de pleitear a restituição da parte do PIS indevidamente recolhido à Fazenda Nacional só ocorrerá após o decurso de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da homologação do lançamento, ou seja, em 15/08/1999, com relação aos fatos geradores mais remotos."

9. Por fim, requer: (a) que seja declarada a ineficácia da decisão proferida pela DRF/PTG, e o reconhecimento de seu direito integralmente; (b) que o processo n.º 10940.000344/97-31, seja apensado a este processo, por entender haver conexão entre o débito exigido e a compensação requerida; e (c) a compensação do direito de crédito em discussão com o débito exigido no mencionado processo a ser apensado."

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

"Solicitação Indeferida

Acordam os membros da 3ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, não acolher a manifestação de inconformidade relativa ao indeferimento do pedido de reconhecimento de direito creditório do PIS, de pagamentos efetuados entre as datas de 15/08/1989 e 04/01/1993, por haver ocorrido a decadência do direito, ressalvando à contribuinte o direito de interposição de recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, alterado pela Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993."

Intimada a conhecer da decisão em 27/07/2004, a empresa insurreta contra seus termos, apresentou, em 26/08/2004, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com as seguintes razões de dissentir:

- a) elabora histórico de situação precedente relativa à autuação, pela fiscalização, efetuada em relação ao IRPJ e ao PIS/Repique, bem como referencia a decisão DRJ que, considerando procedente a autuação, ressaltou o direito da recorrente de pedir compensação ou restituição do PIS sobre o faturamento, na forma da legislação vigente;
- b) defende o direito de repetir o indébito pelo lapso temporal de dez anos, contados do pagamento indevido ou a maior, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça;

[Assinaturas manuscritas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

- c) alega que o lançamento por homologação extingue o crédito nos termos do inciso VII do art. 156 do CTN, ou seja, "...pelo pagamento antecipado e pela homologação do lançamento, condições cumulativas expressas no dispositivo legal...". Reproduz jurisprudência judicial;
- d) conclui que a não homologação expressa pela Fazenda Nacional induz à homologação tácita, o que remete a decadência do direito de pleitear a restituição da parte do PIS/Faturamento recolhido para cinco anos após o quinto ano da ocorrência do fato gerador; e
- e) especia-se em julgados dos Conselhos de Contribuintes para reafirmar sua tese.

Alfim, requer a revisão da decisão, reconhecendo o direito de repetição do indébito integralmente; a apensação do Processo nº 10940.000344/97-31, em razão de conexão entre o débito nele exigido e a compensação requerida.

Inaplicável à espécie a exigência de garantia recursal.

É o relatório.

ca *J*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cléuza Takafuji
Cléuza 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.

Restringe-se o inconformismo da recorrente à parte dos valores dos indébitos não reconhecidos pelo Delegado da Receita Federal em Ponta Grossa – PR, em face da ocorrência da prescrição (e não da decadência) do direito de pleitear a sua restituição, cumulado com o pedido de compensação.

Alega a recorrente que a decisão da DRJ ressalvou seu direito de requerer a compensação ora indeferida.

Esclareça-se que a mera explicitação, no Acórdão recorrido, de direito possível de ser exercido pela recorrente não transmuda os fatos a ele relacionados. Ou seja, o fato é que a referida decisão visou esclarecer e rebater argumento posto na impugnação, de que o pedido de reconhecimento de direito creditório possui rito normativo próprio, não sendo conhecido quanto peticionado pela via imprópria, como o foi, no bojo da impugnação a lançamento de ofício de crédito tributário.

Quanto ao 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.

ⓐ ↓



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 3/1/0 12005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Aproprio-me de em 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.

Dessarte, quanto à contagem do prazo prescricional, defendido pela recorrente como sendo de dez anos, firmo meu voto, como a seguir transcrito:

"a doutrina não comunga com a jurisprudência na tese da ocorrência da prescrição com dupla contagem de prazo quinquenal. Ou seja, cinco anos para homologação e cinco anos para fluir a prescrição.

Isso porque, entende a doutrina que a fluência dos prazos de decadência e prescrição, como já analisado anteriormente, é simultânea. A atividade do contribuinte de pagar o tributo, sob condição resolutiva, extingue-o desde o momento do pagamento, pendente somente de ulterior homologação. O decurso do prazo para a homologação expressa ou ficta, torna o tributo definitivamente extinto. A definitividade da extinção após a fluência de tal prazo não prejudica a anterior extinção produzida no ato do pagamento. Esta se aperfeiçoa ao cabo do prazo estabelecido para a homologação. Portanto, fluem, paralela e simultaneamente, os prazos decadencial e prescricional."

De fato. Mesmo no âmbito do Poder Judiciário tal matéria não se encontra pacificada. E muito menos no âmbito do julgamento administrativo. Nos Conselhos de Contribuintes é majoritária a tese ora defendida. Portanto, com respeito às posições contrárias, entendo carecer de sustentação o argumento apresentado pela defesa.

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.

Maria Cristina Roza da Costa
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

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 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleusa 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 em pleitear a restituição/compensação da Contribuição ao 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

²Recurso Especial nº 608.844-CE, Ministro José Delgado, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão publicado em DJU, Seção 1, de 7/6/2004.

cup



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional.” (destacamos).

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 recorrente 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 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, insculpidos nos art. 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 requerente –, o valor confiscado.

Por certo, o nosso ordenamento jurídico prevê, como princípio, a prescribibilidade 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

up



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

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 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, 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**.

Cumpra ainda observar o que dispõe 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;

enf



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10940.001724/99-17
Recurso nº : 127.764
Acórdão nº : 202-16.535

Cleuza Takajui
Cleuza Takajui
Secretária da Segunda Câmara

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)

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 o 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 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 9/11/99, portanto, anterior a 10/10/2000, o que afasta a decadência do referido pedido administrativo.**

Em face de todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para o fim de declarar o direito da recorrente ao pleito de restituição/compensação reclamado, cabendo à SRF a competência para a averiguação da liquidez e certeza dos créditos e débitos em discussão nestes autos, que fiscalizará o encontro de contas efetuadas pela contribuinte, atendendo, na feitura dos cálculos, a forma declarada.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA