



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 7/10/05

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473

Recorrente : LABORATÓRIO QUIMSUL LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

PIS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Na forma do § 1º, do art. 150 do CTN, a extinção do crédito tributário se dá com o pagamento do crédito, sob condição resolutória. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA.** Extingue-se em cinco anos, contados da data da extinção do crédito e do pagamento indevido, o prazo para pedido de compensação ou restituição de indébito tributário.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **LABORATÓRIO QUIMSUL LTDA.**

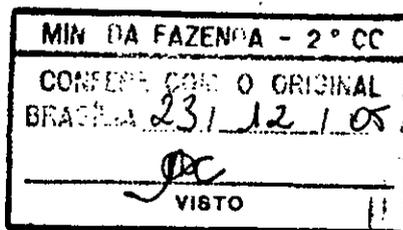
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso face à decadência. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva que votavam pela tese dos dez anos. Os Conselheiros Valdemar Ludvig e Sílvia de Brito Oliveira votaram pelas conclusões.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005.


Antonio Bezerra Neto
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Emanuel Carlos Dantas de Assis.

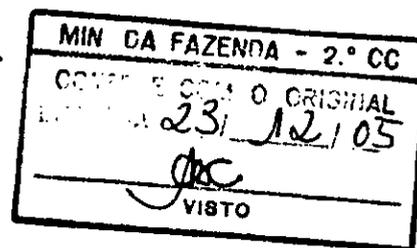
Eaal/inp





Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473

Recorrente : LABORATÓRIO QUIMSUL LTDA.



RELATÓRIO

A empresa LABORATÓRIO QUIMSUL LTDA. em 15/08/2003 solicitou o reconhecimento de direito a créditos no valor de R\$ 40.581,08, decorrentes de alegados recolhimentos a maior da contribuição ao PIS efetuados na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/89, declarados inconstitucionais, nos períodos de julho de 1993 a outubro de 1995. Pediu restituição e/ou autorização para compensar os referidos créditos.

Às fls. 46/48, a DRF/Porto Alegre - RS indeferiu o requerimento da contribuinte, em decisão assim ementada:

"Assunto: Restituição de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS. Declaração de Compensação.

Período de apuração: julho/1993 a outubro/1995

Ementa: RESTITUIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECADÊNCIA. O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário, no caso, o recolhimento a tributário, no caso, o recolhimento a título de PIS (art. 168, caput, e inciso I do CTN)."

Devidamente cientificada, a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 51/59, onde alegou que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial para o exercício desse direito iniciava-se a partir da homologação do lançamento, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador, conforme entendimento do STJ.

A autoridade julgadora de primeira instância indeferiu o pleito da interessada resumindo sua decisão (doc. fls. 61/65) nos termos da seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/1993 a 31/10/1995

Ementa: COMPENSAÇÃO - Necessária a comprovação de pagamento indevido ou a maior do que o devido para que seja homologada expressamente a compensação implementada.

DECADÊNCIA - Nos termos do art. 168, I, do CTN, o direito de efetuar a compensação de créditos contra o Fisco extingue-se após o transcurso do prazo de 5 anos, contados a partir da data de efetivação do suposto indébito, posição corroborada pelo Parecer PGFN/CAT 1538/99.

Solicitação Indeferida."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473

Inconformada, a interessada, às fls. 70/79, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Segundo Conselho de Contribuintes, onde reiterou suas razões de inconformidade e protestou pela aplicação da semestralidade da base de cálculo, na forma do § único, do art. 6º, da Lei Complementar nº 7/70, para o cálculo da contribuição devida no período em que recolheu o PIS a maior.

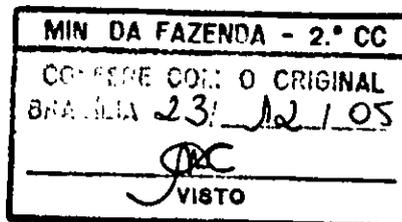
É o relatório.

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
DATA 23/12/05
VISTO

Assinatura



Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO BEZERRA NETO

O recurso voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de pedido de repetição de indébito tributário de alegados recolhimentos a maior da contribuição para o Pis, nos períodos de apuração de julho de 1993 a outubro de 1995, efetuados na forma dos Decretos Leis nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF e retirados do mundo jurídico pela Resolução do Senado Federal nº 49/95.

No apelo apresentado a este Conselho a recorrente alegou que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial-para o exercício desse direito iniciava-se a partir da homologação do lançamento, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador, conforme entendimento do STJ, e que possuía os créditos requeridos, pois calculou a contribuição devida no período em que a recolheu a maior, aplicando a semestralidade da base de cálculo da contribuição, na forma do § único, do art. 6º, da Lei Complementar nº 7/70.

Desnecessário se faz a distinção entre prescrição e decadência, no caso do direito de repetir o indébito, quando este direito está claramente descrito em categorias jurídicas-positivas (arts. 165 e 168 do CTN). Não podemos nos afastar do fato de que, decadência e prescrição são, no dizer de Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, vol. 6, p.100) conceitos jurídicos positivos.

Sobre prescrição e decadência, a doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi nos ensina com muita propriedade, calcada na importância de um princípio basilar do Direito – A Segurança Jurídica (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª edição, Ed. Max Limonad, págs. 276/277):

“A impossibilidade da ADIN reabrir o prazo da prescrição.

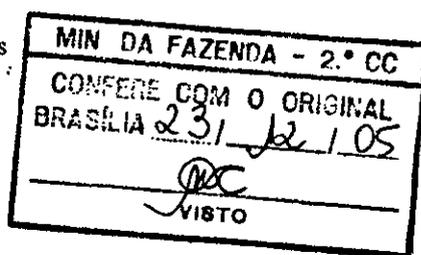
A máquina do tempo instalada no interior do direito não permite que seu operador navegue no passado que quiser, o passado do direito é repleto de cavidades obstruídas pelo fluir do tempo que se tornam inacessíveis pelo próprio direito. Quando tomado como fato jurídico, o tempo cristaliza a trajetória de positividade no presente consolida juridicamente o passado. No direito tributário, a segurança jurídica garante a consolidação do passado impondo ao Legislativo, que produz leis, o limite da irretroatividade da lei; ao Executivo, que produz atos administrativos, o limite da decadência e ao Judiciário, que produz sentenças e acórdãos, o limite da prescrição. A segurança Jurídica, portanto, promove a legalidade, garantindo o passado da lei, sem deixar assumir a trajetória da lei no presente e os seus efeitos, ainda que no futuro essa lei deixe de ser lei.

(...) acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473



2º CC-MF
Fl.

tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio do actio nata. Trata-se de petição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão-só como novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN."

O § 1º do Decreto nº 2.346/97, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, vincula a autoridade administrativa a decidir da seguinte forma, *verbis*:

"§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial." (grifei)

A declaração de inconstitucionalidade, no meu entendimento, mesmo com efeito *ex tunc* não pressupõe que o ato/norma não tenha existido, pois o que não é não necessita ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, nunca do mundo jurídico. Vê-se então que a nulidade se dá no plano da validade e não no plano da existência, produzindo os seus efeitos naquele plano (validade) desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, "salvo se o ato não mais foi suscetível de revisão administrativa ou judicial", isso porque, o ato/norma inexistente seria sempre ineficaz, jamais convalescendo pela prescrição/decadência, o que não aconteceria com o ato/norma inválido(a), que seria eficaz enquanto não decretada a invalidade e poderia convalescer.

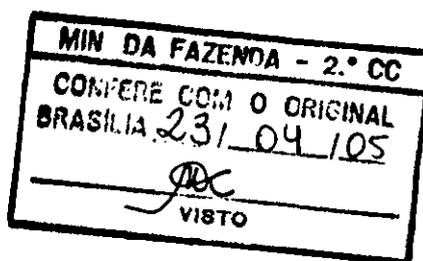
Diante desse quadro, fica fácil entender a Doutrina de Eurico de Santi, calcada acertadamente em princípio basilar ao direito - Segurança Jurídica -, quando diz que a tese da possibilidade da ADIN reabrir prazo de prescrição/decadência recai na falácia da petição de princípio, pois aquilo que se tem que provar primeiro (a não-convalescência do ato), toma-se logo por conclusão. Na verdade, o que o Acórdão em ADIN faz, no dizer de Eurico de Santi, é fazer surgir "novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito".

De fato as normas gerais e abstratas que regem a decadência e a prescrição produzem regras individuais e concretas que veiculam, em seu antecedente, o fato concreto do decurso do tempo qualificado pela omissão do contribuinte e, por consequência, a extinção do direito de pleitear o débito. O tempo, nesse caso é destacado como fato jurídico, fazendo com



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473



2º CC-MF
Fl.

que o ato ainda eficaz e produzindo os seus efeitos, seja desconstituído pela ação do tempo no direito antes que a declaração de inconstitucionalidade produza também os seus efeitos invalidando o ato. Isso porque, no magistério de Ricardo Lobo Torres (A Declaração de Inconstitucionalidade e a restituição de tributos, p.99): “O controle de legalidade não é absoluto, exige respeito do presente em que a lei é vigente (...) No campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, o lançamento definitivo, os créditos prescritos (...)”.

Se admitirmos a imprescritibilidade da ADIN, sem o rompimento do processo de positivação do direito pela decadência/prescrição, teríamos que também admitir como corolário disso o absurdo de que todos os direitos subjetivos são imprescritíveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF, disseminando-se, assim, sob o pretexto de se buscar a justiça, a total insegurança no direito, que é por sinal a maior das injustiças que o direito poderia permitir.

Dessa forma, não há como o administrador público afastar a prescrição/decadência na repetição de indébito tributário, mesmo quando a inconstitucionalidade for declarada depois da ocorrência desse fato jurídico, em face de tudo que foi dito alhures e das normas gerais e abstratas correspondentes a estes institutos estarem perfeitamente descritas em categorias jurídicos-positivas na figura dos arts. 165 e 168 do CTN, *verbis*:

Sobre a repetição de indébito dispõem os artigos 165, I e 168, I, do CTN, *verbis*:

“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 artigo 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;”

“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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;”(grifei)

Releva ressaltar para os adeptos da “tese dos cinco mais cinco anos” que o § 1º do artigo 150 afirma que no lançamento por homologação o pagamento extingue o crédito tributário, por condição resolutória de ulterior homologação. Essa condição não descaracteriza a extinção do crédito no momento do pagamento do tributo, pois não impede a eficácia imediata do ato produzido. Aliás, tal aspecto foi ratificado pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que definiu, em seu art. 3º, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário:

“Art. 3ª Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei. “



Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473

Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos ou por ato da autoridade administrativa.

Outrossim, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese, pois o que se homologa não é o pagamento, mas sim a atividade, logo a falta do pagamento não enseja que se saia do escopo do art. 150, § 4º (lançamento por homologação) para adentrar a seara do lançamento de ofício (art. 173, I), numa interpretação sistemática totalmente incoerente.

CTN

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

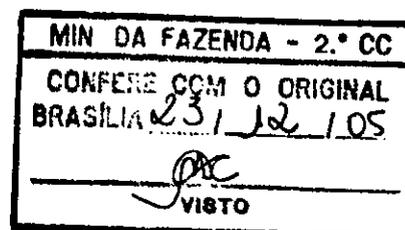
(...)” (grifei)

Como se não bastassem essas falhas, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão “poderia” como “poder-que-não-pode-mais”, como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que “poder” não é conduta, é modalizador de conduta, imprestável, portanto, para ser demarcador do prazo decadencial. O intérprete deveria no caso ter tomado como conduta o primeiro momento que se “poderia lançar”, e não a perda do poder de lançar (último poderia), acarretando ainda um outro equívoco, qual seja, o desencadeamento do fenômeno da recursividade infinita. Pois, nada impede de a perda de poder sempre se instale novamente no antecedente da norma como hipótese para o surgimento de novo poder (173, I), em prazo subsequente, de forma que, ao cabo dessa “nova” competência, se dá novamente outro poderia, que outra vez, faz iniciar prazo para lançar e assim *ad eternum*. O absurdo e a insegurança no direito se instala, justamente o que a decadência e a prescrição desejam evitar.

Assim, concluo que o termo inicial para contagem do prazo prescricional/decadencial de cinco anos para repetição do indébito tributário é a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido).

Cabe salientar, ainda, para aqueles que entendem que a decadência se daria apenas cinco anos após a Resolução do Senado, que nem mesmo essa hipótese se prestaria para dar guarida à pretensão da recorrente, no caso concreto, vez que ela somente entrou com o pedido (15/08/2003) mais de cinco anos após Resolução do Senado nº 49/95.

Isso posto, considerando que a contribuinte protocolizou seu pedido de repetição em 15/08/2003 (doc. fl. 01), e os pagamentos efetuados antes de 15/08/1998 compõem todo o escopo de seu pedido (recolhimentos de agosto de 1993 a novembro de 1995), não podem ser restituídos e/ou compensados, por estarem prescritos/decaídos.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
FL.

Processo nº : 11080.007930/2003-19
Recurso nº : 127.298
Acórdão nº : 203-10.473

Por fim, sobre a semestralidade, é pacífico neste Colegiado o entendimento de que o disposto no § único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, refere-se à base de cálculo do PIS. Entretanto, o exame pormenorizado da matéria ficou prejudicado, face constatação da decadência do direito pleitear a restituição dos créditos aduzidos pela recorrente.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005


ANTÔNIO BEZERRA NETO

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 23/10/05
 VISTO