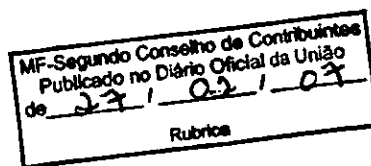




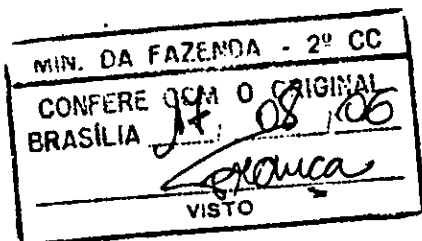
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13826.000330/2002-11
Recurso nº : 133.088
Acórdão nº : 204-01.404



Recorrente : AUTOMAR VEÍCULOS E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



NORMAS PROCESSUAIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. O *dies a quo* para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

PIS. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO PIS ENTRE OUTUBRO/95 a FEVEREIRA/99. Com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 18 da Lei nº 9.715/1998, voltou a vigor nos períodos de outubro/95 a fevereiro/96 a Lei Complementar nº 07/70, sendo que a partir de março/96 passou a vigor a MP 1212/95 e suas reedições.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AUTOMAR VEÍCULOS E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2006.

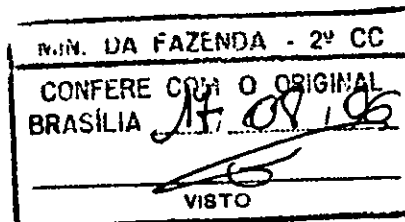
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Raquel Motta B. Minatel (Suplente), Júlio César Alves Ramos, Leonardo Siade Manzan e Ivan Allegretti (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13826.000330/2002-11
Recurso nº : 133.088
Acórdão nº : 204-01.404

Recorrente : AUTOMAR VEÍCULOS E SERVIÇOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de indébito do PIS, formulado em 14/04/2002 relativos aos períodos de apuração de novembro/95 a janeiro/96, e março/96 a fevereiro/99 cumulado com pedido de compensação, por considerar, a contribuinte que no período em questão inexistia fato gerador do PIS face a declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei nº 9715/98.

A DRF de origem indeferiu o pedido por considerar inexistente o direito creditório, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei nº 9715/98, teve por efeito a aplicação da Lei Complementar nº 07/70 até março/96, quando passou a vigor a MP 1212/95 e suas reedições, além de se encontrar decaído o direito de a contribuinte pedir repetição de indébito por haver transcorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores.

Inconformada a contribuinte apresenta manifestação de inconformidade arguindo em sua defesa:

1. a MP 1212, convertida na Lei nº 9.715, de 1998, não foi revogada pela ADIN 1417; portanto existia para o mundo jurídico, possuía eficácia, contudo, com a inconstitucionalidade parcial do artigo 18, ocorre a impossibilidade de se cobrar o tributo, seja pelo estabelecimento do elemento temporal do fato gerador, a partir da publicação da Lei nº 9.715, seja pela impossibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 7, de 1970, pois não pode ter vigência ao mesmo tempo que a MP 1212/95, tendo em vista a impossibilidade de vigência simultânea das normas (art. 2º, § 1º da LICC) e a inexistência do chamado efeito repristinatório (art. 2º, § 3º da LICC);
2. a MP 1365/96, publicada no DOU em 13/03/96 teve seu prazo de validade expirado em 11/04/96 e como a MP 1407/96 foi publicada em 12/04/96, a MP 1365/96 perdeu sua eficácia, de forma que a ausência de lei implica em restituição de tributo pago com base em norma cuja eficácia foi suprimida; e
3. firmou-se no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a jurisprudência de que, nas ações que versem sobre tributos lançados por homologação (CTN, art. 150), o prazo prescricional é de dez anos, ou seja, cinco anos para a Fazenda efetuar a homologação do lançamento (§4º) mais cinco anos da prescrição do direito do contribuinte para haver tributo pago a maior e/ou indevidamente (CTN, art. 168, I).

A DRJ em Ribeirão Preto – SP considerou decaído o direito de pleitear a restituição relativo aos pagamentos efetuados até 14/08/97 e em relação aos demais considerou inexistente o direito creditório, indeferindo a manifestação de inconformidade da contribuinte.

A contribuinte interpôs recurso voluntário, alegando em sua defesa as mesmas razões da inicial.

É o relatório.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13826.000330/2002-11
Recurso nº : 133.088
Acórdão nº : 204-01.404

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 14/08/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTODA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

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

Primeiramente há de ser analisada a questão da prescrição, que, no caso presente, atinge os recolhimentos efetuados até 14/08/97.

A propósito, essa questão da prescrição foi muito bem enfrentada pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 129.109, no qual baseio-me para retirar as razões acerca da contagem de prazo prescricional.

O direito a repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no artigo 165 do Código Tributário Nacional - CTN. Todavia, como todo e qualquer direito esse também tem prazo para ser exercido, in casu, 05 anos contados nos termos do artigo 168 do CTN, da seguinte forma:

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

- a) de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*
- b) de erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

II. da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória nas hipóteses:

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

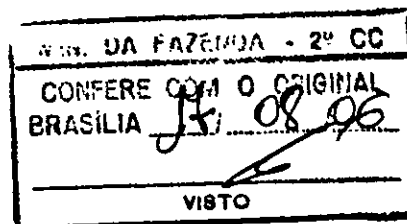
Como visto, duas são as datas que servem de marco inicial para contagem do prazo extintivo do direito de repetir o indébito, a de extinção do crédito tributário e a do trânsito em julgado de decisão administrativa ou judicial. Nos casos em que houvesse resolução do Senado suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF, a jurisprudência dominante nos Conselhos de Contribuintes e, também, na Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido de que o prazo para repetição de eventual indébito contava-se a partir da publicação do ato senatorial. Especificamente, para a hipótese de restituição de pagamentos efetuados a maior por força dos inconstitucionais Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, o marco inicial da contagem da prescrição, consoante a jurisprudência destes colegiados, é 10 de outubro de 1995, data de publicação da Resolução 49 do Senado da República. Entretanto, com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo artigo 3º deu interpretação autêntica ao artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional, estabelecendo que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º da Lei 5.172/1966, o único entendimento possível é o trazido na novel Lei Complementar.

104/3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13826.000330/2002-11
Recurso nº : 133.088
Acórdão nº : 204-01.404



2º CC-MF
Fl.

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

Assim sendo, no caso em análise, quanto o pedido de repetição do indébito foi formulado (14/08/2002) o direito de a contribuinte formular tal pleito relativo aos recolhimentos efetuados até 14/08/97 já encontram-se prescritos por haver transcorrido mais de cinco anos da data do pagamento.

No que diz respeito ao argumento de que no período em questão não havia fato gerador do PIS face à declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei nº 9715/98, é de se observar que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional apenas o dispositivo (art. 18) que determinava a aplicação da MP 1212/95 aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/10/1995.

No dizer da reclamante, com a declaração de inconstitucionalidade do citado art. 18, passou a inexistir fato gerador da contribuição para o PIS até a edição da Lei nº 9.715/1998, sendo incabível as pretensões do Fisco de aplicar, no período de outubro/95 a fevereiro/96, a Lei Complementar nº 07/70 por ferir o disposto nos art. 2º, §§ 1º e 3º da LICC. Com isso, teria passado a inexistir fato gerador do PIS entre os períodos de apuração de outubro/1995 a 1º de novembro de 1998.

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

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

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

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

Carlos Espósito vai mais além quando afirma que atribuir às leis inconstitucionais uma eficácia temporária até o seu julgamento seria privar a Constituição de uma parte de sua eficácia em benefício das leis ordinárias e que, no conflito entre as duas, deve sempre

184 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 14/08/96
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13826.000330/2002-11
Recurso nº : 133.088
Acórdão nº : 204-01.404

preponderar aquela. Aceitar que a lei inconstitucional possa ter validade, ainda que temporária, seria o mesmo que aceitar que, durante este período, esteve suspensa a eficácia da Constituição.

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

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

Quanto à inexistência de fato gerador para o PIS, no período de outubro/95 a fevereiro/96, adoto o entendimento esposado pelo ilustre Conselheiro e Presidente Henrique Pinheiro Torres, quando do julgamento, proferido no Recurso Voluntário nº 122.792. Transcrevo, pois, integralmente, na parte coincidente com a matéria aqui tratada, as razões apresentadas naquele voto:

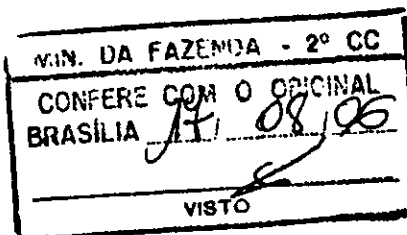
A meu sentir, a tese de defesa não merece ser acolhida, pois, como se pode verificar do inteiro teor do voto do relator da ADIN, Ministro Octávio Gallotti, a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF restringiu-se, tão-somente, à parte final do artigo 18 da Lei 9.715/1998, sendo que os demais dispositivos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

Por outro lado, a Medida Provisória 1.212/1995, reeditada inúmeras vezes, teve a última de suas reedições convertida em lei, o que tornou definitiva a vigência, com eficácia ex tunc sem solução de continuidade, desde a primeira publicação, in casu, desde 29 de novembro de 1995, preservada a identidade originária de seu conteúdo normativo. Em resumo, o conteúdo normativo da Medida Provisória 1.212/1995 passou a vigor desde 29/11/1995, e tornou-se definitivo com a Lei 9.715/1998. Todavia, por versar sobre contribuição social, somente produziu efeitos após o transcurso do prazo de noventa dias, contados de sua publicação, em respeito à anterioridade nonagesimal das contribuições sociais. Daí, que até 29 de fevereiro de 1996, vigeu para o Pis, a lei 7/70 e suas alterações. A partir de 1º de março de 1996, passou então a vigorar, plenamente, a

134 / 5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13826.000330/2002-11
Recurso nº : 133.088
Acórdão nº : 204-01.404

norma trazida pela MP 1.212/1996, suas reedições e, posteriormente a lei de conversão (Lei 9.715/1998).

Diante disso, é de se reconhecer a total improcedência da tese de defesa, segundo a qual, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e fevereiro/99 inexistiu fato gerador da contribuição para o PIS.

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

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

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

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2006.

NAYRA BASTOS MANATTA //

¹ Informativo do STF nº 104, p. 4.