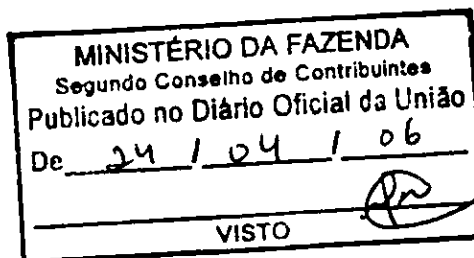




Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

Recorrente : AGÊNCIA SÃO JOÃO DE TURISMO LTDA.  
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

**PIS. LEI TRIBUTÁRIA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. LAPSO TEMPORAL PARA REPETIÇÃO DO INDÉBITO.**

CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília - DF, em 29/7/2005

*Cleiza Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

O prazo para a repetição do indébito tributário, inclusive sob a forma de compensação com outros tributos administrados pela SRF, é de cinco anos contados da extinção do crédito tributário, mesmo nos casos em que a norma tenha sido declarada inconstitucional, seja por declaração direta de inconstitucionalidade, seja por meio de Resolução expedida pelo Senado Federal, nos termos do inciso X do art. 52 da Constituição da República.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AGÊNCIA SÃO JOÃO DE TURISMO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencido o Conselheiro Marcelo Marcondes Meyer-Kozłowski quanto à prescrição.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005.

*Antonio Carlos Atulim*  
Antonio Carlos Atulim  
**Presidente**

*Maria Cristina Roza da Costa*  
Maria Cristina Roza da Costa  
**Relatora**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Mauro Wasilewski (Suplente), Antonio Zomer e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília - DF, em 29/7/2005

2º CC-MF  
Fl.

*Cláudia Takafuji*

Secretária da Superintendência  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

Recorrente : AGÊNCIA SÃO JOÃO DE TURISMO LTDA.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, referente ao indeferimento do pedido de restituição/compensação, apresentado em 24/07/2002, da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, no período de julho de 1988 a setembro de 1995, no valor total de R\$ 99.114,48, cuja ciência se deu em 13/09/2002.

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

"(...)

2. A autoridade fiscal havia indeferido o pedido (fls. 253/254), sob a fundamentação de que o direito de pleitear restituição estaria extinto, por aplicação do disposto nos artigos 165, inciso I e 168, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional (CTN) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

3. Cientificada da decisão em 13 de setembro de 2002 (fl. 256), a contribuinte manifestou seu inconformismo ao despacho decisório em 23 de setembro de 2002 (fls. 257/267), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1 - recolheu a contribuição com base no seu faturamento, conforme dispunham os Decretos-leis 2445 e 2449, ambos de 1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, quando tal exação seria devida somente na base de 5% sobre o Imposto de Renda devido - PIS-Repique, de acordo com a Lei Complementar nº 70/91;

3.2 - 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 10 (dez) anos: 05 para a homologação tácita e mais 05 para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;

3.3 - insiste no prazo de 10 (dez) anos para efetuar a compensação pleiteada, mencionando os Decretos-Lei nºs 2.052, de 03 de agosto de 1983 e 2.049, de 1º de agosto de 1983, além do Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986, aduzindo ainda que o ajuizamento do mandado de segurança - proc. nº 95.060.6643-4, em 24/08/1995 (fls. 218/243), interrompeu a prescrição do prazo de 10 (dez) anos previsto para o pedido de restituição da exação em comento, sendo portanto, tempestivo tal requerimento;

3.4 - requer a improcedência do despacho que determinou o indeferimento do pedido, restabelecendo seu legítimo direito à restituição e compensação dos valores pagos a maior a título de PIS."

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: 01/07/1988 a 30/09/1995

Ementa: PIS. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

*C*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília - DF, em 29 / 7 / 2005

2º CC-MF  
Fl.

*Cleusa Takafuji*

Secretária da Segunda Câmara  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

*Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no caso de pedido de repetição de indébito do PIS, com base na declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, de 1988, o prazo de prescrição extingue-se com o transcurso do quinquênio legal a partir de 04/03/1994, data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 148.754. Pedidos apresentados após essa data não podem ser atendidos, tanto pela interpretação do STJ, quanto pela posição da Administração, que, seguindo precedentes do STF sobre o prazo de extinção do direito a pleitear restituição, considera-o como sendo de cinco anos a contar do pagamento, inclusive para os tributos sujeitos à homologação.*

*Solicitação Indeferida "*

Intimada a conhecer da decisão em 30/05/2003, a empresa insurreta contra seus termos, apresentou, em 30/06/2003, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, cujas alegações constam do relatório anexo à Resolução nº 202-00.576, de fls. 335 a 339, pela qual esta Câmara, por unanimidade, converteu o julgamento do recurso em diligência, oportunidade em que a Conselheira relatora requereu a inclusão nos autos das peças processuais judiciais, relativas à ação movida pela recorrente com vistas à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988; a identificação da real atividade desenvolvida pela recorrente, se relativa a serviços, a venda de mercadorias ou mista, dada a sua influência na forma de apuração do PIS ao tempo da vigência da Lei Complementar nº 7/70; apuração dos créditos utilizados para efetuar a compensação requerida, devendo a fiscalização utilizar-se do critério da semestralidade da base de cálculo do PIS, bem como pronúncia da autoridade fiscal, com elaboração de relatório de conclusão das apurações como requerido.

Atendendo ao requerido, a autoridade fiscal intimou a recorrente a prestar as informações e apresentar os documentos respectivos.

O Relatório Fiscal de fls. 388 e 389 apresentou as seguintes informações:

- a) a recorrente juntou cópia da petição inicial do Mandado de Segurança impetrado, a decisão da primeira instância judicial, porém não apresentou certidão de trânsito em julgado;
- b) esclarece que a atividade da empresa é, exclusivamente, prestação de serviços;
- c) a recorrente juntou planilha demonstrativa de seus créditos e dos valores devidos de PIS/Repique;
- d) efetuou o demonstrativo dos saldos remanescentes com aplicação da correção monetária plena, inclusive expurgos inflacionários e SELIC, desatendendo o requerido na Resolução deste Conselho, que determinou a correção pelos índices estabelecidos na NE/SRF/COSIT/COSAR Nº 8, DE 27/06/1997;
- e) a recorrente informa que efetuará a compensação de seus créditos com os débitos vincendos deste mesmo ou de outros tributos administrados pela SRF por meio de Declaração de Compensação, somente após a decisão a ser proferida neste feito.

Verifica-se que a decisão judicial de primeira instância concedeu a segurança somente quanto à inconstitucionalidade dos famigerados decretos-leis, julgando a recorrente carecedora de ação quanto ao pedido de compensação.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília - DF, em 29/7/2005

2º CC-MF  
Fl.

*Cleuzia Takafuji*

Secretária da Segunda Câmara  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

A recorrente, à fl. 403, informa, em 26/05/2004, que já encaminhou cópia da certidão de decurso de prazo. Na oportunidade acrescenta que *“Sendo assim, comprovadas as alegações da empresa requerente, quanto à interrupção da prescrição no caso concreto, bem como, diante da recente pacificação da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, quanto à restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação (ENESP nº 435.835), reitera-se o pedido de provimento integral, ou quando menos parcial, do recurso voluntário interposto no presente feito.”*

Requer, também, a juntada da decisão do TRF da 3ª Região, nos autos de Mandado de Segurança, a qual nega seguimento à remessa oficial.

Inexigível a garantia de instância recursal em razão da matéria.

É o relatório.

*C*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília - DF, em 29/7/2005

2º CC-MF  
Fl.

Secretária de Segunda Câmara  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

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

Das peças do processo judicial colacionado aos presentes autos verifica-se que o procedimento utilizado pela recorrente foi o Mandado de Segurança.

A decisão judicial *a quo*, considerando a via escolhida imprópria para acolher o pedido de compensação, concedeu parcialmente a segurança para afastar a aplicação dos indigitados decretos-leis e declarar a autora carecedora da segurança quanto ao pedido de compensação (fl.381).

A carência de ação, ou carência de segurança, constitui-se em uma das conseqüências que advêm da inobservância de qualquer uma das condições ou requisitos da ação, previstos no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Na ensinança de Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup>, “condições ou requisitos da ação, como os conceitua Arruda Alvim, ‘são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei )como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final’.”

E conclui: “Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto, prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº IV). Haverá ausência do direito de ação, ou, na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá carência de ação.”

Portanto, não só a recorrente não argumentou no contexto do recurso voluntário sobre a interrupção da prescrição, como também a sua apresentação extemporânea não enseja sua admissão em homenagem ao princípio da verdade real. Isto porque quando na sentença o juiz *a quo* considerou a recorrente carecedora de segurança significou que a matéria concernente à compensação contida na petição inicial não foi apreciada. Aliás, tal fato consta com clareza na motivação da sentença.

Sendo assim, conclui-se que não há falar em interrupção da prescrição por ação judicial que arquivou o processo sem julgamento do mérito na parte referente à compensação. E sobre tal decisão não se manifestou a autora, conforme fls. 396 e 397 das quais constam a certidão de intimação das partes e a certidão de decurso do prazo para manifestação, o qual transcorreu *in albis*.

Desta forma, a par de todas as alegações apresentadas no recurso voluntário, entendo que primeiramente deve ser enfrentada a questão da prescrição do direito ao indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade dos decretos-leis que introduziram modificações na legislação do PIS em 1988.

A matéria posta em litígio já foi, iteradas vezes, tratada pelos três Conselhos de Contribuintes e pacificada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF no sentido de que

<sup>1</sup> THEODOR JUNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 52.



*Cleusa Takafuji*

Secretária da Segunda Câmara  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 13839.002498/2002-12

Recurso nº : 124.183

Acórdão nº : 202-16.348

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 do controle concentrado ou da publicação de Resolução do Senado Federal, nos termos do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, se em sede do controle difuso, é de cinco anos, contados da entrada no mundo jurídico de um dos referidos atos, alcançando todos os pagamentos assim efetuados desde a edição da norma posteriormente afastada do mundo jurídico.

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 restou-me alternativa diferente da que agora me posiciono.

Apropriando-me de conclusões obtidas a partir de ensaio monográfico por mim produzido respeitante ao limite temporal para o exercício do direito de repetição de indébito em face da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede do controle difuso ou 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*

*C*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília - DF, em 29/7/2005

2º CC-MF  
Fl.

*Cleusa Takafuji*

Secretária da Segregação de Assuntos  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

*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 exsurgente 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 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 juridicização 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.*

*e*



Processo nº : 13839.002498/2002-12  
Recurso nº : 124.183  
Acórdão nº : 202-16.348

*Cleusa Takafuji*  
Secretária de Serviços  
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

*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.”*

Acresça-se ao já fundamentado, com vistas a atender entendimentos diversos do até aqui externado, que o pedido de restituição/compensação foi apresentado na repartição de jurisdição da recorrente em 24/07/2002, portanto, em data posterior à data limite de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, ocorrida em 10/10/1995, ensejando, também por este critério, a prescrição do direito pretendido.

Pelo exposto, o direito à restituição/compensação dos recolhimentos efetuados a maior que o devido no período considerado encontra-se alcançado pela prescrição.

Com estas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005.

*Maria Cristina Roza da Costa*  
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA