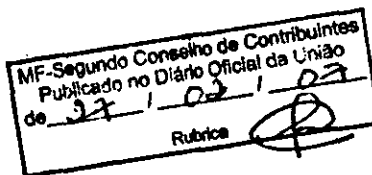




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

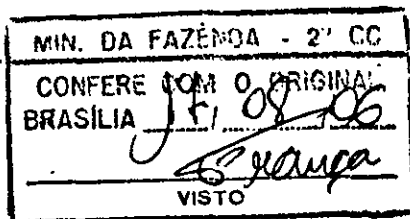
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472



Recorrente : CERVANTES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA
CONSTRUÇÃO E TRANSPORTES LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS. DECADÊNCIA. O direito à restituição de tributos pagos a maior ou indevidamente, seja qual for o motivo, extingue-se no prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário pelo pagamento, a teor do art. 168, I do CTN, combinado com o art. 165 do mesmo código.



PIS. Declarando o STF a inconstitucionalidade da retroatividade da aplicação da MP 1.212/95 e suas reedições, convalidada na Lei nº 9.715 (art. 18, *in fine*), que mudou a sistemática de apuração do PIS, e considerando o entendimento daquela Corte que a contagem do prazo da anterioridade nonagesimal de lei oriunda de MP tem seu *dies a quo* na data de publicação de sua primeira edição, a sistemática de apuração do PIS, até fevereiro de 1996, regia-se pela Lei Complementar nº 07/70. A partir de então, em março de 1996, passou a ser regida pela MP 1.212 e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715. Por tal, não há falar-se em inexistência de lei impositiva do PIS no período entre outubro de 1995 e janeiro de 1999.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CERVANTES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO E TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Raquel Motta B. Minatel (Suplente), Leonardo Siade Manzan e Ivan Allegretti (Suplente) votaram pelas conclusões.

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2006.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

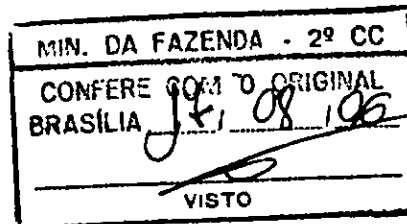
Júlio César Alves Ramos

Relator

Participou, ainda, do presente julgamento a Conselheira Nayra Bastos Manatta.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472

Recorrente : CERVANTES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA
CONSTRUÇÃO E TRANSPORTES LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário proposto contra decisão da DRJ em Ribeirão Preto - SP que indeferiu pedido de restituição da contribuição ao PIS formulado pela empresa em 28 de maio de 2002 (consoante carimbo da repartição recebedora à fl. 1).

A restituição pleiteada tem por objeto "pagamentos indevidos" da contribuição no período de outubro de 1995 a fevereiro de 1999. São indevidos, segundo a empresa, porque efetuados com base nas disposições da Medida Provisória nº 1.212/95, e suas reedições. Em função da declaração de inconstitucionalidade do art. 18 daquela MP, proferida pelo STF, e da não reconstituição da lei anterior, a empresa entende que não haveria previsão legal para a cobrança da contribuição no período.

A DRJ em Ribeirão Preto - SP manteve o teor do despacho decisório da DRF de origem que negar a restituição pleiteada, sob o argumento de que uma parte dos créditos já se encontrava decaída, bem assim de que não havia direito de crédito pois no período vigiam as disposições da Lei Complementar nº 7/70 (até fevereiro de 1996) e daí em diante as da Lei nº 9.715/98.

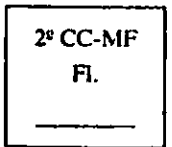
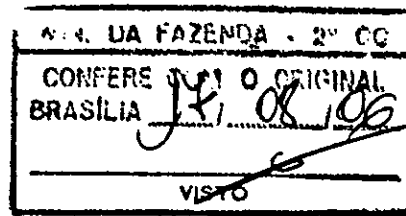
Insurge-se então a empresa contra aquela decisão repisando todos argumentos expendidos em sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

O recurso é tempestivo, por isso dele tomo conhecimento.

Como sobressai do relatório, há de se examinar primeiro, discussão tantas vezes já enfrentada nesta Casa, o prazo para o exercício do direito de restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior. Primeiramente deve-se voltar a enfrentar a alegação de que tal prazo é de prescrição e não de decadência. Em diversos julgados anteriores já manifestei minha convicção de que se trata de prazo decadencial, filiando-me à doutrina dos mais respeitados mestres, a exemplo do grande Aliomar Baleeiro. E é que se fala aqui do nascimento do próprio direito; o que se discute é quando nasce a matéria a ser argüida, isto é, o próprio pagamento a maior.

Tratando-se de pagamento indevido por força de decisão judicial acerca da lei que o exigia, discute ainda a doutrina quanto a se se deve contar tal prazo da declaração de inconstitucionalidade ou atender-se à regra do art. 168, I do CTN.

Além desse ponto de vista, há os que ainda buscam se socorrer na tese esboçada em alguns julgados do STJ, mas que já vem sendo revista naquela mesma Corte, no sentido de que o prazo de decadência (ou prescrição) somente começa a fluir após a homologação, tácita ou expressa, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Hoje, tal tese já não comporta aplicação, por força da edição da Lei Complementar nº 118/2005, que é enfática em seu art. 3º; veja-se:

Art. 3º 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.

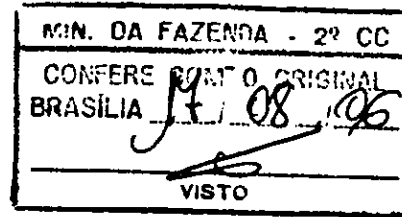
Assim, dúvida não cabe mais de que, enquadrando-se a situação do contribuinte na hipótese do art. 168, I, o início do prazo inquestionavelmente se dá com cada pagamento indevido praticado. Nesse ponto, vale a ênfase de que assim caracterizado, não faz diferença encará-lo como prescrição ou decadência. Explico-me. É que ambos os prazos são de cinco anos e se contam do mesmo marco inicial. A diferença residiria apenas na possibilidade de suspensão ou interrupção de sua contagem, existente se de prescrição, ausente se de decadência. Ora, no presente caso, nenhuma das hipóteses de suspensão ou de interrupção se aplica, de tal modo que, mesmo se se considerar como prescricional, o prazo se encerra definitivamente ao cabo de cinco anos contados do pagamento indevido.

Nesses termos, cumpre apenas examinar a possibilidade de a contagem do prazo se iniciar com a declaração de inconstitucionalidade. A essa tese também não adiro. É que, colocada nesses termos, a restituição simplesmente não tem prazo. Explico-me: desde que se respeite o limite para ingressar com o pedido - no caso presente, segundo a empresa, 04/4/2006 - valores pagos indevidamente pelo mesmo motivo, em qualquer data anterior, são ainda passíveis de restituição. Esse absurdo, que fere de morte o princípio constitucional da segurança jurídica,

3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472

se revela ainda mais crítico no tocante à declaração de inconstitucionalidade de lei; veja-se, por exemplo, o caso dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88: aplicada a tese, assegura-se a restituição de pagamentos feitos em 1988, desde que pleiteados mais de doze anos depois (outubro de 2000). E não há limite: se a declaração ocorrer 30 anos, 40 anos depois, durante todo esse lapso de tempo (acrescido de mais cinco) se poderá reaver os “pagamentos indevidos”. Absurdo total.

Ora o que se pretende deferir ao contribuinte não é tudo o que foi pago a maior, mas aquilo que ainda não esteja decaído pelo prazo fixado na lei. E a Lei aqui é sem sobra de dúvida a Lei nº 5.172/66. O seu artigo 168 fixa esse prazo em cinco anos: não há outro prazo a ser considerado. Somente muda o termo inicial de sua contagem segundo a razão da inconsistência da cobrança. Veja-se:

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;

II - na hipótese do inciso III do artigo 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.

Observa-se que somente não se conta o prazo da data da extinção do crédito tributário (inciso I), quando a restituição decorre de decisão, administrativa ou judicial, anulatória, revogatória, ou rescisória de decisão anterior (inciso II). Não há outra regra. No presente caso, qual a decisão anterior que está sendo revogada, rescindida ou anulada pela decisão do STF? Nenhuma. O direito de restituição nasce do pagamento indevido praticado, ainda que essa caracterização somente seja declarada por meio da decisão do STF.

Igualmente cediço hoje que não cabe ao intérprete da norma “inventar” uma que supra a eventual lacuna legal. Quer-se com isso dizer que não é porque a lei não estipule expressamente uma regra de contagem para os casos de declaração de inconstitucionalidade de lei que deva o intérprete (ainda que seja o Juiz) estabelecer norma nova, não presente no ordenamento. Não: cumpre-lhe interpretar esse ordenamento de forma integrada para dele extrair o comando que se aplica ao caso concreto, utilizando-se, para tanto, de todos os recursos da hermenêutica.

Com esses argumentos, repilo, como tenho feito sistematicamente, as teses dos cinco mais cinco, bem como da data inicial do prazo ser a da declaração de inconstitucionalidade do ato e considero decaído qualquer eventual direito a restituição por parte do contribuinte.

Mas isso não é tudo. É que a defendida tese da *vacatio legis* já foi suficientemente derrotada nesta Casa. Veja-se a respeito o esclarecedor voto do douto Conselheiro Jorge Freire no Recurso de nº 128501 de cujas razões me valho por bem elucidarem a questão. Transcrevo:

A argumentação de que com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 18 da 9.715, de 25.11.1998, alcançando desde a edição da primeira Medida Provisória que a instituiu, a MP 1.212, de 28 de novembro de 1995, até sua conversão na Lei 9.715, em novembro de 1998, deixou de haver previsão legal para cobrança do PIS é, em meu entender, desprovida de fundamento jurídico.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 18/08/96
VISTO

2ª CC-MF
FI.

Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472

O que houve foi que o STF na ADIN 1417-0 (DJ 02/08/1999), declarou inconstitucional a parte final do art. 18 da Lei 9.715, que reproduzia o comando positivado no art. 15 da MP 1.212/95 e suas alterações até sua conversão na citada Lei. Tal norma dispunha:

"Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995".

Tendo em vista o entendimento do STF que não poderia haver retroatividade de nova lei que mudava o regime de apuração do PIS, alterando a sistemática da Lei Complementar 07/70, aquele Egrégio Tribunal, "por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação direta para declarar a inconstitucionalidade, no art. 18 da Lei 9.715, de 25/11/1998, da expressão ' aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 01 de outubro de 1995'"

Portanto, o que foi julgado inconstitucional pelo STF foi exclusivamente o marco inicial da vigência da lei nova. Esta não teve a sua constitucionalidade atacada. Destarte, respeitado o prazo nonagesimal, entra ela em vigor.

A decisão do STF, assim, tem o efeito de, como que, modificar a redação do dispositivo, que passaria a ser lido então: "aplicando-se aos fatos geradores a partir de março de 1996".

Quanto ao período posterior, em que foram sendo sucessivamente reeditadas medidas provisórias não convertidas em lei, já tem o STF pacificado o entendimento de que o prazo nonagesimal, nestes casos, se conta a partir da primeira MP editada, a menos que alguma MP posterior introduza mudança de mérito no texto anterior.

Dessarte, com a conversão da última MP na Lei nº 9.715/98, convalidam-se as alterações introduzidas pelas anteriores MP na sistemática do PIS, que valem, pois, a partir de março de 1996 e somente perdem eficácia com a edição da Lei nº 9.718 que foi editada ainda como MP em outubro de 1998, e, convertida em lei em novembro do mesmo ano, passou a vigor, já agora respeitando a jurisprudência criada pelo STF, a partir de fevereiro de 1999.

Já de passagem, é de se salientar que a inclusão do período de fevereiro de 1999 no pedido é de todo descabida. Neste mês já vigiam as disposições da Lei nº 9.718/98 e portanto nenhuma ligação tem ele com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 18 da Lei nº 9.715.

Por tudo isso, resulta afastada a tese de que estaria sendo aplicada indevidamente a figura da reprivatização. Tal instituto tem lugar quando uma lei revogada volta a vigor. No conhecido esquema didático, havia uma lei A que veio a ser revogada pela lei B e esta última, a ser revogada pela lei C. Reprivatizar é fazer ressuscitar a lei A em decorrência da revogação da lei B.

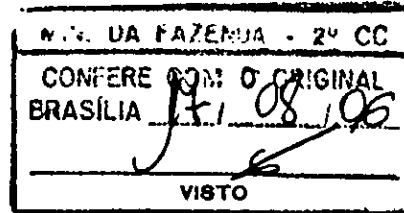
Como o próprio recorrente reconhece, uma lei somente pode ser revogada por outra, e que tenha hierarquia, em sentido material, igual ou superior à revogada. O que ocorreu no presente caso não foi nenhuma revogação mas a declaração de inconstitucionalidade de uma parte de um artigo da MP posteriormente convertida em lei.

Alguns doutrinadores pretenderam equiparar a declaração de inconstitucionalidade à revogação. Tal tentativa, no entanto, já restou repelida pela Suprema Corte. Veja-se novamente o esclarecedor comentário do dr. Jorge Freire:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472



Assim, não há que se falar em inexistência de lei impositiva em face da declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 18 da Lei 9.715. O que ocorre, numa leitura das decisões do STF acima comentadas, é que até o fim da fluência do prazo da anterioridade mitigada das contribuições sociais, continuava em vigência a forma anterior de cálculo da contribuição com base na Lei que veio a ser modificada, qual seja, a da Lei Complementar 07/70, pois o efeito da declaração de inconstitucionalidade, uma vez não demarcados seus limites temporais, como hoje permite o art 27 da Lei 9.868, de 10/11/1999, opera-se ex tunc.

E este é o entendimento do STF, que assim se posicionou quando se discutiam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos malsinados Decretos-lei 2.445 e 2.449.

Nos embargos de declaração em Recurso Extraordinário 168554-2/RJ (D.J. 09/06/95) a matéria foi assim ementada:

"INCONSTITUCIONALIDADE - DECLARAÇÃO - EFEITOS. A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato administrativo tem efeito 'ex-tunc', não cabendo buscar a preservação visando a interesses momentâneos e isolados. Isto ocorre quanto à prevalência dos parâmetros da Lei Complementar 7/70, relativamente à base de incidência e alíquotas concernentes ao Programa de Integração Social. Exsurge a incongruência de se sustentar, a um só tempo, o conflito dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, com a Carta e, alcançada a vitória, pretender, assim, deles retirar a eficácia no que se apresentaram mais favoráveis, considerada a lei que tinham como escopo alterar - Lei Complementar 7/70. À espécie sugere observância ao princípio do terceiro excluído." (grifei)

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio, assim finaliza:

"A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato normativo tem efeitos 'ex tunc', retroagindo, portanto, à data da edição respectiva. Provejo estes declaratórios para assentar que a inconstitucionalidade declarada tem efeitos lineares, afastando a repercussão dos decretos-leis no mundo jurídico e que, assim, não afastaram os parâmetros da Lei Complementar nº 7/70. Neste sentido é meu voto."

Mantendo esse entendimento o Excelso Pretório assim ementou os Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário 181165-7/DF em Acórdão votado em 02 de abril de 1996 por sua Segunda Turma:

"1. Legítima a cobrança do PIS na forma disciplinada pela Lei Complementar 07/70, vez que inconstitucionais os Decretos-leis n 2.445 e 2.449/88, por violação ao princípio da hierarquia das leis.

2."

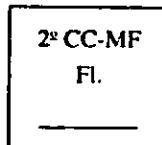
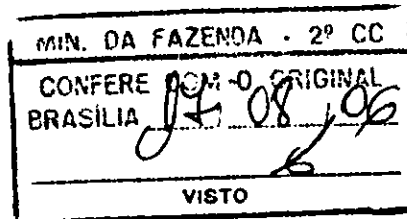
Então, até que a MP 1.212/95 surtisse seus efeitos no sentido da mudança da forma de cálculo do PIS, continuou vigendo a forma estabelecida na Lei Complementar 07/70.

Por conseguinte, mesmo que a lei fosse, por completo, julgada inconstitucional, ainda assim, de repristinação não se trataria. A decisão do STF apenas adiou a entrada em vigor da lei nova, que não é inconstitucional naquilo que revoga a anterior. Assim sendo, até que ela entre em vigor, continuam a valer as disposições da lei anterior. E essa era, por força de decisão do próprio STF, a Lei Complementar nº 7/70.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

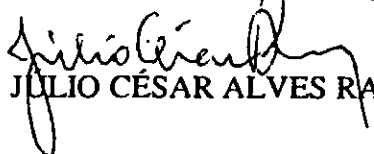
Processo nº : 13848.000154/2002-51
Recurso nº : 133.547
Acórdão nº : 204-01.472



Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso; a uma, porque parcialmente decaídos; a duas, porque não há, em qualquer caso, pagamentos indevidos a serem restituídos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS