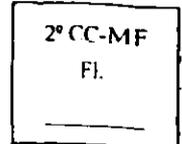
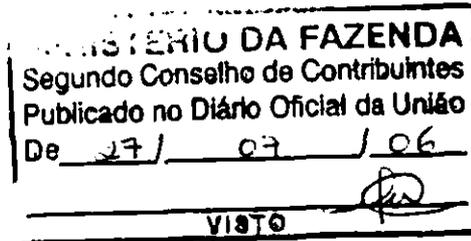




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

Recorrente : **BALDAN IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS S/A**
Recorrida : **DRJ em Ribeirão Preto - SP**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Não tomar conhecimento de matéria estranha, que com o processo não tenha relação.

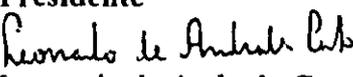
PIS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. Havendo decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade proferida em controle difuso, o prazo quinquenal para reclamar o que se recolheu indevidamente é contado a partir da publicação da Resolução do Senado Federal suspensiva da execução da lei.

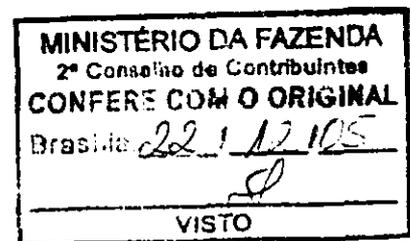
Recurso não conhecido em parte e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **BALDAN IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS S/A.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, em parte, nos termos do voto da Relatora; e quanto à parte conhecida, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López (Relatora), Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Roberto Velloso (Suplente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva. Designado o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.


Antônio Bezerra Neto
Presidente

Leonardo de Andrade Couto
Relator-Designado

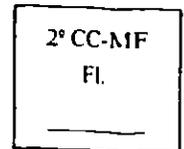
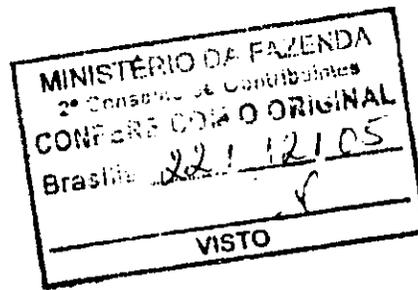


Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis e Sílvia de Brito Oliveira.

Eaal/mdc



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

Recorrente : BALDAN IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS S/A

RELATÓRIO

A contribuinte, nos autos identificada, apresentou Pedido de restituição/compensação em 06/11/2001, às fls. 01, e 128 a 131 no valor total de R\$ 5.880.938,68 (Cinco milhões, oitocentos e oitenta mil novecentos e trinta e oito reais e sessenta e oito centavos) já corrigidos, referente a recolhimentos do PIS e FINSOCIAL amparado pela IN/SRF nº 31/97 e do ILL amparado pela IN/SRF nº 63/97. Quanto aos recolhimentos da COFINS não justifica o motivo de seu pedido.

Às fls. 10/12, 77/78, constam os demonstrativos dos créditos apurados do PIS e FINSOCIAL/COFINS, respectivamente, além de cópias de DARFs recolhidos nos seguintes períodos: de 20/10/1988 a 15/01/96 (fls. 13/75) referente ao PIS, de 12/10/1989 a 10/01/1996 (fls. 79/123) referente FINSOCIAL e COFINS, e de 30/04/1991 e 31/05/1991 (fls. 126/127) referente ao ILL.

A DRF de Araraquara, SP, no Despacho Decisório de fls. 140/141, indeferiu a solicitação da contribuinte pela inexistência de direito creditório, alegando ter ocorrido a decadência do direito de restituição, haja vista, que decorreram mais de 5 anos entre as datas dos pagamentos dos alegados indébitos e a data da formalização do Pedido de Restituição.

Inconformada, a interessada apresenta a impugnação de fls. 145 a 152, alegando, em síntese, que não se conforma com a extinção do direito da repetição dos indébitos em 5 anos do pagamento. Sustenta que o prazo ao direito à restituição da impugnante e o correlato dever de restituir da Secretaria da Receita federal somente exurgiu após a publicação das Instruções Normativas nºs 31, de 1997 e 63, de 1997. Apresentou para fundamentar suas razões doutrina e jurisprudência.

Dando prosseguimento ao processo, este foi encaminhado para a DRJ em Ribeirão Preto para julgamento.

Por meio do Acórdão/DRJ/ POR nº 1.983, de 22 de agosto de 2002, os membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação da contribuinte de restituição combinada com pedido de compensação. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/10/1988 a 31/01/1996

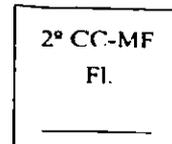
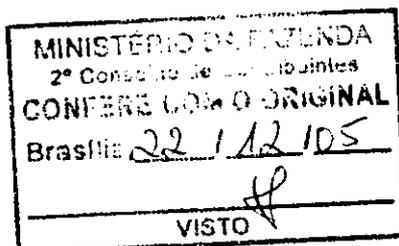
Ementa: PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PRAZO EXTINTIVO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Solicitação Indeferida.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

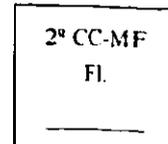
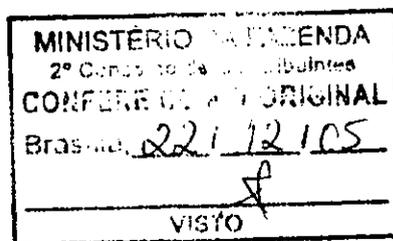
A interessada apresenta recurso às fls. 170/183, reiterando os argumentos trazidos em sua impugnação. Alega não ter ocorrido a decadência sob vários ângulos: quer pela publicação das Instruções Normativas nºs 31, de 1997 e 63, de 1997 (início do prazo); quer pela contagem da regra do STJ dos 5 + 5, da data do pagamento. Apresenta para fundamentar suas razões doutrina e jurisprudência.

Pede, ao final, que *(sic) a Secretaria da Receita Federal não lhe negue, por conta deste processo administrativo, até decisão final, a emissão de documento de regularidade fiscal, representado pela certidão positiva, com efeito de negativa, de tributos e contribuições arrecadado pela SRF, nos termos do previsto na IN/SRF 93/2001.*

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

VOTO VENCIDO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo ser conhecido.

Trata-se de pedido de restituição/compensação, de possíveis créditos de PIS, FINSOCIAL e ILL.

Em primeiro lugar, por oportuno, em se tratando de pedido de restituição, e não de defesa proveniente de lavratura de auto de infração, deixo de me manifestar, por ser estranho aos autos, sobre a solicitação da recorrente assim exposta: que (sic) a *Secretaria da Receita Federal não lhe negue, por conta deste processo administrativo, até decisão final, a emissão de documento de regularidade fiscal, representado pela certidão positiva, com efeito de negativa, de tributos e contribuições arrecadado pela SRF, nos termos do previsto na IN/SRF 93/2001.*

O cerne da questão resume-se ao prazo devido para recuperação de indébitos provenientes de supostos débitos pagos a maior do FINSOCIAL, PIS e ILL para restituição/compensação com débitos da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Por tratar-se de pedido, e não de auto de infração, cumpre registrar não caber a este Conselho averiguar a existência de créditos, e sim, sobre o "direito" postulado pela interessada.

Consta do despacho Decisório de fls. 140 o que a seguir reproduzo:

Dos dispositivos legais assinalados pelo contribuinte que fundamenta seu pedido, às fls.01, ou seja, as IN/SRFs nos 31 e 63/97, verificamos que as referidas normas dispõem de dispensa da constituição, inclusive revisão de ofício, e o cancelamento de lançamentos constituídos do FINSOCIAL, dos valores recolhidos acima de 0,5% para as empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, e das parcelas do PIS recolhidas na forma dos Decretos-Leis nos 2445 e 2449/98, e ainda do ILL -Imposto de Renda Retido na Fonte conforme Resolução do Senado de nº 82/96, entretanto, as referidas Instruções Normativas não contemplam o direito à restituição desses tributos. (...)

O pedido, com os valores atualizados, foi formulado em 06/11/2001.

Inicialmente, como questão de ordem, há que se verificar as matérias que são de competência deste Conselho. As competências dos Conselhos de Contribuintes estão relacionadas no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (aprovado pela Portaria MF nº 55/98, com as alterações promovidas pelas Portarias MF nº 103/2002 e 1.132/2002). Compete a este Eg. Conselho apenas as relacionadas com o PIS, eis que o FINSOCIAL é do Terceiro, e o ILL, de competência do Primeiro.

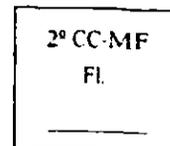
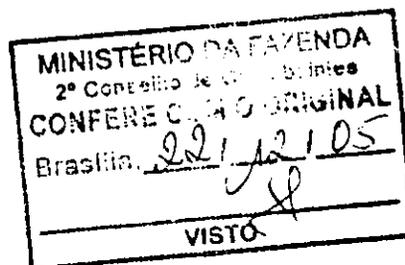
Portanto, a minha análise, quanto ao direito, recairá tão-somente ao pedido formulado ao PIS, referente às parcelas recolhidas na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 (semestralidade da base de cálculo).

Importa, primeiramente a análise do prazo para a solicitação de possíveis créditos. Posteriormente o reconhecimento da semestralidade. Passo à análise das matérias.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 13851.001221/2001-15
Recurso n° : 122.008
Acórdão n° : 203-10.255



I- Prazo para solicitar restituição/compensação

Primeiramente, reconheço existir divergências nesta Câmara proveniente de inexistência de uma jurisprudência consolidada pelo STJ. Atualmente, penso restar resolvido a questão, razão pela qual, filio-me à atual corrente doutrinária e jurisprudencial dos 10 anos, retroativos ao pedido formulado pela interessada.

Adotei, anteriormente, o entendimento diverso, com fundamento em uma das correntes do STJ conforme julgamento ocorrido no EREsp. n° 42.720.¹ Nesse julgado, o Ministro Relator, citando Hugo de Brito Machado, argumentou:

"A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

Destarte, no passado, defendi não ser razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. O contribuinte aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. Uma vez que a jurisprudência é mansa e pacífica, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção. Declarada, assim, pelo Superior Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade material da norma legal em que fundada a exigência da natureza tributária, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido."

Atualmente, revejo a posição adotada no passado, fruto do novo e consolidado entendimento do STJ. No entanto, para melhor reflexão do meu posicionamento atual, peço vênica para trazer aos meus pares, resumo das alterações ocorridas no tempo. Assim, ao longo dos últimos anos, algumas correntes se firmaram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a uniformização da interpretação das leis.

A primeira corrente, sustentada por alguns renomados doutrinadores ², afirma que o prazo para se pleitear a repetição do indébito seria de 05 anos contados da extinção do crédito tributário (art. 168 do CTN), no entanto, para esta corrente, a extinção do crédito tributário se daria com o efetivo pagamento.

A segunda corrente, ³ sustenta que realmente o termo inicial para contagem do prazo decadencial seria da extinção do crédito tributário. Todavia, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário sempre se dá com a homologação tácita, ou seja, após o decurso de 05 anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Essa segunda corrente ficou conhecida como a "tese dos dez anos", haja vista que

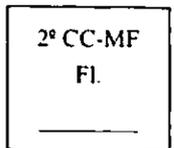
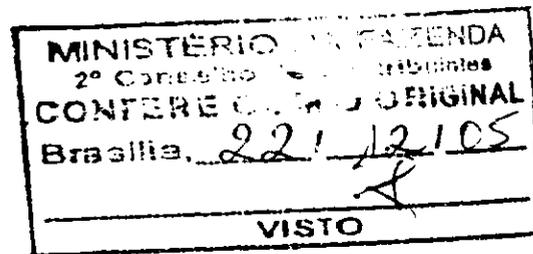
¹ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/04/1995

² Alberto Xavier e Marco Aurélio Greco.

³ sustentada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coelho e Paulo de Barros Carvalho.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

a Fazenda Pública nunca homologa expressamente o pagamento efetuado pelo contribuinte. Considerando-se, assim, extinto o crédito tributário cinco anos após ocorrido o seu fato gerador (homologação tácita). Sendo assim, o prazo de cinco anos para exercer o direito de pedir a restituição tem como *dies a quo* justamente o *dies ad quem* da Fazenda Pública para homologar o crédito restituendo.

A fiscalização, por seu turno, com fundamento em parte, na minoritária doutrina, procurou fazer prevalecer a chamada "tese dos cinco anos", inclusive para os casos de lançamento por homologação. E, nessa persiste atualmente.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, adotou a tese fazendária, conforme podemos extrair do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PARCELAS INDENIZATÓRIAS - PRESCRIÇÃO - TERMO "A QUO" - PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO.

O prazo prescricional para restituição de parcelas indevidamente cobradas a título de imposto de renda é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, isto é, de cada retenção na fonte. Embargos de divergência acolhidos. (Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. EREsp n. 258.161/DF. 1a. Seção. DJ de 03/09/2001)

Contudo, a jurisprudência do Colendo Tribunal, não se manteve no sentido do acórdão acima, passando a adotar a "tese dos dez anos", conforme exemplo a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL. SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS. IMPROVIMENTO.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se inicia após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos na hipótese de homologação tácita.

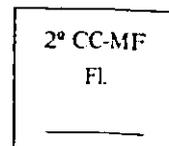
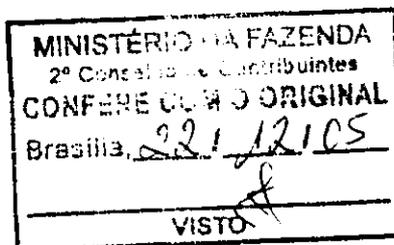
Negado seguimento ao recurso especial, porque a tese recursal é contrária à jurisprudência consagrada pelo STJ, se subsiste íntegro tal fundamento, não cabe prover agravo regimental para reformar o decisum impugnado.

Agravo improvido. (AgREsp nº 413943 Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 24/06/2002, pág. 00217)

Posteriormente, *uma terceira corrente* surgiu dentro do STJ, fixando novo termo inicial para a ação de repetição do indébito tributário, em casos de controle de constitucionalidade. Por esta corrente, passou-se a adotar o seguinte: i) no caso de tributo declarado inconstitucional via controle difuso (RE), o termo inicial é a data da publicação da resolução do senado retirando a norma do mundo jurídico; ii) no caso de controle concentrado (ADIN), o marco inicial é a data do trânsito em julgado da ação direta. A Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça (No julgamento do EREsp. nº 42.720-5 - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/04/1995), posteriormente, passou ao



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

entendimento acima exposto. Nesse julgado, o Ministro Relator, citando Hugo de Brito Machado, argumentou:

"A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

Nesse entendimento, a inconstitucionalidade declarada pela Excelsa Corte mediante o controle direto ou concentrado tem eficácia *erga omnes*. O controle difuso, no entanto, opera efeitos apenas *inter partes*, mas, uma vez suspensa a eficácia da norma pelo Senado Federal, ocorre a retirada da norma do sistema, produzindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. Para as hipóteses restritas de devolução do tributo indevido, por fulminado de inconstitucionalidade, o *dies a quo* para a contagem do prazo para repetição do indébito pelo contribuinte deve ser o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, pela Excelsa Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Pela corrente acima, adotada anteriormente pelo STJ, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, seria possível a repetição de todos os valores pagos indevidamente, com efeitos *ex tunc*.⁴ E nesse sentido, a exemplo de várias decisões dos Conselhos de Contribuintes é que reconheço ter me filiado por um longo período.

Todavia, quando o STJ parecia ter encontrado uma solução, adotando conjuntamente a "tese dos dez anos" com a "tese das declarações de inconstitucionalidade", a Primeira Seção do Tribunal, no julgamento do ERESP 435835, decidiu aplicar a **regra geral dos "cinco mais cinco"** nos casos de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação. Veja-se:

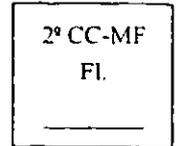
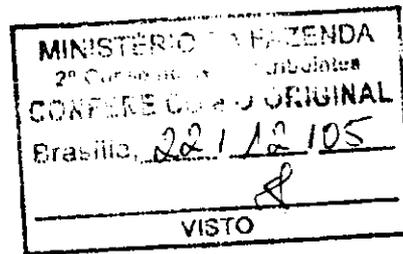
RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES AUTÔNOMOS E AVULSOS. RESTITUIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475 DO CPC. SÚMULA N. 284/STF.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

⁴ Veja-se RESP 543502/MG, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 20/11/03, DJ DATA: 16/02/2004- Relator- LUIZ FUX.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ).
3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente não demonstra as razões pela qual o dispositivo legal mencionado foi contrariado.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (RESP 659418 / RS, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data do Julgamento 16/09/2004, DJ 25.10.2004).

E, nesse entendimento de se adotar uma única regra, vem se posicionando atualmente o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a jurisprudência anterior, firmada no final de 2003, admitia a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) ou a partir de resolução editada pelo Senado Federal. Esse posicionamento, no entanto, segundo palavras do Ministro João Otávio de Noronha, gerava embaraço e desconforto nos julgamentos, razão pela qual a maioria dos ministros resolveu revisar o posicionamento a favor da tese dos "cinco mais cinco". A adoção da regra geral dos "cinco mais cinco", segundo o eminente ministro, visa conferir mais segurança à prática tributária.

Essa tese, sem dúvida, é menos suscetível às inseguranças do mundo jurídico e é o que melhor se harmoniza com o perfil dúplice do controle judicial de constitucionalidade das normas, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. De fato, os contribuintes não podem ficar à espera de que uma eventual resolução do Senado seja publicada, resolução esta que sequer poderá acontecer. Ademais, permitir que uma decisão *inter partes* passe a repercutir de maneira geral é o mesmo que estender o limite da coisa julgada para além dos quadrantes do processo, para atingir a esfera de interesses de quem não foi parte na relação processual. Ao se admitir tal possibilidade, estar-se-ia desnaturando a clássica distinção entre o controle de constitucionalidade por via da ação e o controle por via de exceção, aproximando-se os seus efeitos.

Finalmente, em tempo, oportuno registrar o disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005⁵. Sobre a matéria, segundo noticiam os Embargos de Declaração 327.043/DF, a nova regra - de cinco anos contados a partir do pagamento indevido, introduzida pela Lei Complementar, aplica-se somente aos pedidos administrativos ou ações judiciais protocoladas ou ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005. Antes do pedido, vale a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, geral de 10 anos.

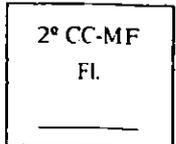
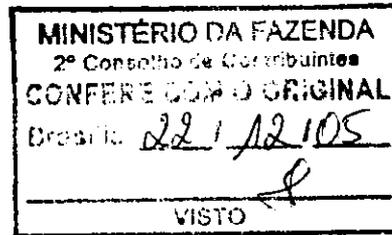
Assim, com respaldo firmado pela corrente atualmente dominante no STJ e considerando que o pedido foi efetuado antes de 09/06/2005, com relação a este item, manifesto o meu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso. Pedido efetuado em 06/11/2001 só pode envolver recolhimentos efetuados até 06/11/1991.

⁵ "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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255



II- Semestralidade do PIS – LC nº 7/70

No mais, feitas as considerações iniciais, considerando que a semestralidade da base de cálculo, artigo 6º, parágrafo único, da LC nº 7/70, devida até o período de fevereiro de 1996 ser matéria já pacífica nesta Terceira Câmara, na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais⁶, deixo de tecer maiores comentários.

Assim, a empresa, com respaldo na Lei, não recolhe a contribuição de seis meses atrás. Recolhe, isto sim, a contribuição do próprio mês. A base de cálculo é que se reporta ao faturamento de seis meses atrás. Logo, o fato gerador ocorre no próprio mês em que o encargo deve ser recolhido. Dessa forma, claro está que uma empresa, ao iniciar suas atividades, nada deve ao PIS, durante os seis primeiros meses, ainda que já tenha formado a sua base de cálculo, como também é verdade que, quando da sua extinção, nada deverá recolher sobre o faturamento ocorrido nos últimos seis meses, pois não terá ocorrido o fato gerador. Como bem lembrado pelo respeitável Antônio da Silva Cabral (Processo Administrativo Fiscal – Ed. Saraiva – 1993 – pág. 487/488) “... os juristas, são unânimes em afirmar que o trabalho do intérprete não está mais em decifrar o que o legislador quis dizer, mas o que realmente está contido na lei. O importante não é o que quis dizer o legislador, mas o que realmente disse.”

CONCLUSÃO

I- Com relação às matérias de competência deste Conselho, e portanto à solicitação da interessada e propriamente ao PIS voto no sentido de:

a - **Matéria estranha:** Não tomar conhecimento de matéria estranha, que com o processo não tenha relação;

b - **Decadência:** com respaldo firmado pela corrente atualmente dominante no STJ e considerando que o pedido foi efetuado antes de 09/06/2005, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso. Pedido efetuado em 06/11/2001 só pode envolver recolhimentos efetuados após 06/11/1991;

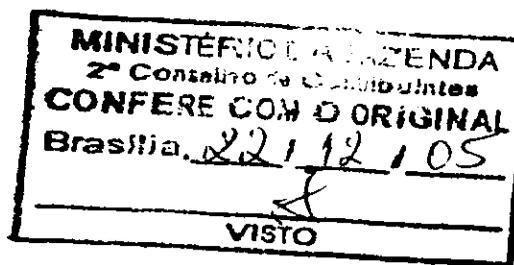
c - **Semestralidade:** sobre as parcelas não decaídas, reconhecer o recálculo das importâncias pagas pelas regras dos DLs nºs 2.445/88 e 2.449/88, mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 7/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo. Crédito atualizado segundo as normas da Secretaria da Receita Federal.

⁶ Cf. STJ, Primeira Seção, Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliana Calmon, julgado 29/05/2001. Quanto à CSRF, dentre outros, cf. acórdãos nºs CSRF/02-01.570, julgado em 27/01/2004, unânime; CSRF/02-01.186, julgado em 16/09/2002, unânime; e CSRF/01-04.415, julgado em 24/02/2003, maioria.



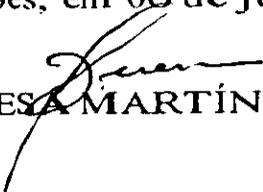
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255



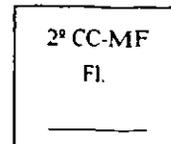
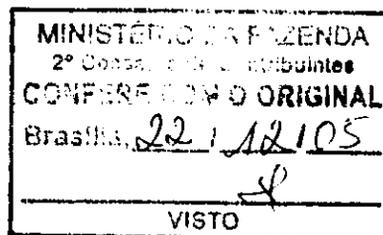
II- Com relação às demais matérias, ILL e FINSOCIAL, a autoridade competente deverá providenciar o desmembramento do processo em dois, de forma a ser encaminhado um para o Primeiro, e o outro para o Terceiro Conselho de Contribuintes, para que se manifestem sobre as matérias de sua competência.

Sala das Sessões, em 06 de junho de 2005.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255

VOTO DO CONSELHEIRO LEONARDO DE ANDRADE COUTO DESIGNADO QUANTO À PRESCRIÇÃO

Conforme já esclarecido pela ilustre Conselheira Relatora, a competência deste conselho em relação à matéria em discussão restringe-se aos pagamentos envolvendo o PIS.

Nessa questão divirjo do voto manifestado pela Relatora, pois considero não ser aplicável o entendimento do STJ que se traduz, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, num prazo decenal para que o sujeito passivo pleiteie a repetição do indébito.

Isso porque a meu ver, nos pedidos de restituição de valores recolhidos com base em norma considerada inconstitucional pelo STF, existem na verdade dois prazos a serem considerados. Um deles é justamente o prazo que foi analisado na decisão recorrida, envolvendo o direito ao pedido de restituição. Outro refere-se ao período que será abrangido pelo pedido.

Considero de extrema relevância a data da publicação da Resolução do Senado Federal (09/10/95) que deu eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis pelo STF. Sob esse aspecto, entendo que apenas com essa publicação tornou-se possível a solicitação de restituição dos valores indevidamente recolhidos. A jurisprudência do Conselho de Contribuintes consolidou-se nesse sentido:

PIS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. A Resolução nº 49 do Senado Federal, que suspendeu a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, foi publicada no Diário Oficial da União em 10/10/1995, pelo que este é o termo inicial da prescrição da ação de repetição do indébito, perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, em 10/10/2000. Recurso negado. (Acórdão 203-09812, Terceira Câmara do Segundo CC).

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 1998, 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 ao qual se nega provimento. (Acórdão 202-15.891, Segunda Câmara do Segundo CC)

Assim, diferentemente do que alega a recorrente, o direito a pleitear a restituição não nasceu com a Instrução Normativa SRF nº 31, de 8 de abril de 1997, mas sim com a publicação da Resolução nº 49 do Senado Federal, em 10/10/95.

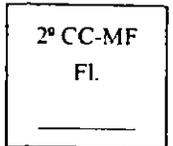
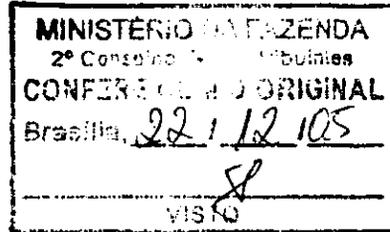
Estabelecido que o termo final do prazo para requerer a restituição, nesse caso, é 10/10/00, vê-se que a protocolização do pedido ocorreu em 06/11/01. Destarte, ocorreu a prescrição, e o pleito deve ser rejeitado.

Por outro lado, para efeito de bem esclarecer meu entendimento quanto a essa matéria, imaginemos que, pela regra supra mencionada, o pedido fosse tempestivo. Essa circunstância não alteraria o fato de que o pagamento é modalidade de extinção do crédito tributário, nos moldes do inc. I do art. 156 do CTN. Nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, o art. 150 do CTN, em seu parágrafo único corrobora:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255



Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(.....) (grifo acrescentado)

A condição resolutória não impede que o evento produza efeitos de imediato. A posterior homologação visa apenas ratificá-lo caso, no prazo legal, não sejam apurados fatos modificativos. Claro, portanto, que a extinção do crédito tributário dá-se com o pagamento e não com a homologação.

Assim, as disposições do art. 168 do CTN limitam o pedido aos pagamentos feitos há menos de cinco anos do requerimento:

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 hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

(.....) (grifo acrescentado)

A data de publicação da Resolução do Senado Federal, ainda que tenha impacto direto na contagem do prazo prescricional para efeitos de formalização do pedido de restituição, não tem o condão de influenciar no momento de extinção do crédito tributário que é definido, no caso, pelo pagamento.

Não se poderia aceitar que uma decisão judicial, ainda que proferida por Tribunal Superior, pudesse implicar no desprezo a um dos mais importantes institutos do direito tributário. Em manifestação irrepreensível (Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes) a ilustre Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA bem esclarece:

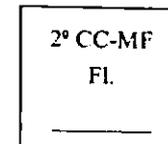
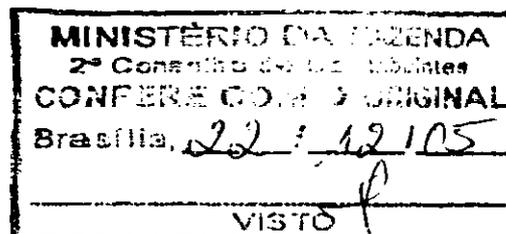
1. A Constituição atribui valor, espaço e tempo ao conteúdo fático das normas, ultrapassando a sua dimensão exclusivamente normativa.

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 ateu ao rito legislativo estabelecido,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255



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 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 exurgente 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 indeléveis 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).

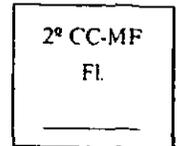
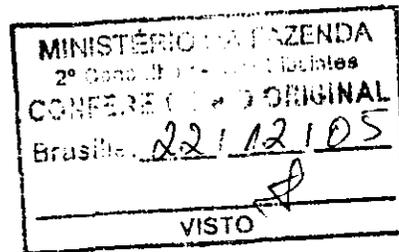
9. A homologação deve ser entendida como um dos elementos acessórios do negócio jurídico, qual seja, a condição. Portanto, a homologação do lançamento caracteriza-se por ser condição resolutiva do lançamento. Em face de a regra legal ensejar na atividade de pagamento do contribuinte todos os requisitos 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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001221/2001-15
Recurso nº : 122.008
Acórdão nº : 203-10.255



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.

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

Sob esse prisma, a prescrição atingiria todos os pagamentos realizados antes de 06/11/96. Assim, em qualquer hipótese, o pedido deve ser indeferido pela ocorrência da prescrição.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO