



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10280.004104/00-11
Recurso nº 168.947 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.675 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2010
Matéria PASEP - RESTITUIÇÃO
Recorrente TELE NORTE LESTE S/A (Sucessora da TELECOMUNICAÇÕES DO PARÁ S/A - TELEPARÁ)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 10/03/1989 a 15/12/1995

DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. PRAZO.

O direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição paga indevidamente, ou em valor maior que o devido, 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. Observância aos princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica.

BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE.

Com a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nº 2.445 e 2.449, de 1988, a base de cálculo da Contribuição para o Pasep, eleita pela Lei Complementar nº 8/70 e Decreto nº 71.618/72, permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP nº 1.212/95.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo e, conseqüentemente, afastar a sua aplicação.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário quando à decadência e, para as demais matérias, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

Vencidos, quanto à decadência, os conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes e Gileno Guirão Barreto. Fez sustentação oral, pela recorrente, o Dr. Dicler Assunção, OAB/PR 7498.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente e Relator

EDITADO EM: 11/12/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Alan Fialho Gandra, Alexandre Gomes e Gileno Guirão Barreto.

Relatório

No dia 29/09/2000 a empresa TELECOMUNICAÇÕES DO PARÁ S/A - TELEPARÁ, sucedida pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, já qualificada, ingressou com o pedido de restituição de contribuição para o Pasep, combinado com pedidos de compensação, relativo a pagamentos efetuados no período de 10/03/1989 a 15/12/1995, alegando inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e tratamento isonômico com as demais empresas.

A autoridade competente da RFB, por meio do Despacho Decisório de fls. 287/292, indeferiu o pedido da recorrente e não homologou as compensações, sob o argumento de que: a) em relação aos pagamentos efetuados no período de 10/03/1989 a 15/09/1995, encontra-se extinto o direito de pleitear a restituição, tendo em vista que o processo foi protocolizado em 29/09/2000 e o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo, de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário com o pagamento; e b) em relação aos pagamentos efetuados no período de 14/11/1995 a 15/12/1995 não se aplica a semestralidade da base de cálculo e inexistência de saldo credor em favor da interessada.

Ciente da decisão, a empresa interessada ingressou com manifestação de inconformidade, cujas alegações estão resumidas no relatório do acórdão recorrido, que leio em sessão.

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro - RJ indeferiu a solicitação da recorrente, nos termos do Acórdão nº 13-20.436, de 30/06/2008, cuja ementa abaixo transcrevo:

Assunto CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração 01/01/1989 a 30/11/1995

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

Processo nº 10280-004104/00-11
Acórdão nº 3302-000.675

S3-C3T2
Fl. 421

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário

BASE DE CÁLCULO LC 7/70 A base de cálculo da contribuição é o faturamento do próprio mês, e não o faturamento verificado no sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador

Solicitação Indeferida

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 20/10/2008, conforme Termo de Ciência de fl. 369, e, discordando da mesma, impetrou, no dia 19/11/2008, o recurso voluntário de fls. 372/394, no qual alega, em apertada síntese, que:

1- nos casos de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, o prazo para o contribuinte pleitear a restituição dos pagamentos indevidos tem início com a publicação da resolução do Senado Federal que confere eficácia *erga omnes* à decisão;

2- com exceção dos tributos declarados inconstitucionais, aplica-se ao pedido de restituição o mesmo prazo prescricional válido para a repetição do indébito. Tal prazo, seja quando do nascimento do crédito compensado, seja quando da realização da compensação (setembro de 2000), era de dez anos a contar do fato gerador, já que se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação;

3- em que pese a tentativa do art. 4º da LC 118/05 de aplicar retroativamente o novo prazo estabelecido no art. 3º, o fato é que, nas compensações decorrentes de pagamentos indevidos realizados antes de sua vigência (em julho de 2005), o prazo decadencial continua sendo de dez anos, a contar da data do pagamento

4- diante da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88, a legislação aplicável ao PIS e ao PASEP voltou a ser as Leis Complementares nºs 07/70 e 08/70 (esta última regulamentada pelo Decreto nº 71.618/72), restabelecendo-se a semestralidade da base de cálculo do PASEP e do PIS/Faturamento, assim como o regime do PIS/Repique para as empresas prestadoras de serviço.

5- se no início da vigência das contribuições a Requerente era contribuinte do PASEP, por ser sociedade de economia mista, o fato é que após a Constituição Federal de 1988 (princípio da isonomia), sua tributação deveria ser feita pelo PIS. E, sendo a Requerente uma empresa de prestação de serviços, deveria ela se submeter ao regime do PIS/Repique (calculado com base em percentual do imposto de renda apurado ao final do ano-calendário).

Na forma regimental, o recurso voluntário foi a mim distribuído.

Voto

Conselheiro Walber José da Silva

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais ditamos legais. Dele

Como relatado, a recorrente está pleiteando a restituição de pagamentos de no período de 10/03/1989 a 15/12/1995, alegando a inconstitucionalidade dos 2.445/88 e 2.449/88.

O pedido de restituição foi apresentado no dia 29/09/2000.

Com relação aos pagamentos efetuados até 15/09/1995 a RFB indeferiu o pedido sob o argumento de que o direito de pleitear a restituição encontrava-se

Em relação aos pagamentos efetuados no período de 14/11/1995 a B entendeu que não se aplica a semestralidade da base de cálculo, inexistindo a recorrente.

Por seu turno, a recorrente alega que o prazo para pedir a restituição conta-se a partir da resolução do Senado Federal que confere eficácia *erga omnes* à decisão do STF sobre a inconstitucionalidade dos referidos Decretos-Leis.

Ainda sobre o prazo extintivo do direito de pleitear a restituição, alega a le é de 10 anos (a tese dos 5 + 5), conforme entendimento do STJ.

Sobre a semestralidade da base de cálculo do Pasep, a recorrente defende que a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, aplicável ao PIS e ao PASEP voltou a ser as Leis Complementares nºs 07/70 e 08/70 (promulgada pelo Decreto nº 71.618/72), restabelecendo-se a semestralidade da base do PASEP e do PIS/Faturamento.

Por fim, invocando o princípio constitucional da isonomia, a recorrente está a administração deixe de aplicar a Lei Complementar nº 08/70 (e o Decreto nº 10.000/2016) e passe a aplicar a Lei Complementar nº 7/70, tributando-se pela modalidade de imposto de renda, uma vez que é empresa prestadora de serviços.

Com razão, em parte a recorrente,

Analisarei, em sede de preliminar, a extinção do direito da recorrente pleitear os pagamentos eventualmente feitos indevidamente ou a maior até o dia

Concordo e ratifico o entendimento da decisão recorrida e julgo, pelas razões expostas, improcedentes os argumentos da recorrente quanto ao transcurso do prazo prescricional para a instituição de eventual pagamento indevido ou a maior do Pasep.

A administração pública rege-se pelo princípio da estrita legalidade (CF, art. 37, I), especialmente em matéria de administração tributária, que é uma atividade estritamente vinculada (CTN, arts. 3º e 142, parágrafo único).

Desta forma, o agente público encontra-se preso aos termos da Lei, não se lhe ou suprimir as normas vigentes, o que significa, em última análise, introduzi de onde não lhe é permitida.

Sobre o prazo e o termo *a quo* do mesmo para pedir restituição de tributos e contribuições pagos indevidamente, reza o art. 168 do CTN:

"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" (negritos)

Para terminar de vez a querela sobre o termo *a quo* da contagem do referido prazo, para os tributos lançados por homologação (se a data do pagamento ou a data da homologação do pagamento), a Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, determinou que a extinção do crédito tributário ocorre no momento do pagamento antecipado. Reza o artigo 3º da referida lei:

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

Mais ainda, o art. 4º da mesma lei determina que o disposto no art. 3º aplica-se a ato ou fato pretérito, *in verbis*:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (grifei)

O citado art. 106, inciso I, do CTN regulamenta a aplicação da lei tributária no tempo, a saber:

Art. 106 A lei aplica-se a ato ou fato pretérito

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados,

Portanto, não há como a administração deixar de aplicar os referidos dispositivos legais e acolher o argumento da recorrente de que o prazo para pleitear restituição conta-se, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, da data da publicação da resolução do Senado Federal ou, no caso de tributos lançados por homologação, da data que ocorrer a homologação (tácita ou expressa).

Sobre a chamada semestralidade da base de cálculo do Pasep, até o início da vigência da Medida Provisória nº 1.212/95, aplica-se o entendimento do CARF a respeito do PIS, consubstanciado na Súmula nº 15, abaixo reproduzida, posto que as regras são as mesmas:

tanto a prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 7/70 como a prevista no art. 3º da Lei Complementar nº 8/70 c/c art. 14 do Decreto nº 71.618/72.

Súmula CARF nº 15 - A base de cálculo do PIS, prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária

No caso da recorrente, a base de cálculo mensal do Pasep é a receita operacional e transferências recebidas, apuradas no sexto mês anterior, sem correção monetária, incidindo a alíquota de 0,8%, conforme determina o art. 3º da Lei Complementar nº 08/70 e os arts. 8º e 14 do Decreto nº 71.618/72, abaixo reproduzidos.

Lei Complementar nº 08/70.

Art. 3º - As autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios contribuirão para o Programa com 0,4% (quatro décimos por cento) da receita orçamentária, inclusive transferências e receita operacional, a partir de 1º de julho de 1971, 0,6% (seis décimos por cento) em 1972 e 0,8% (oito décimos por cento) no ano de 1973 e subsequentes

Decreto nº 71.618/72.

Art. 8º A contribuição das empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios corresponderá à aplicação sobre suas receitas operacionais e transferências recebidas através dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios dos seguintes percentuais

I - 0,4% (quatro décimos por cento), nas contribuições devidas de 1 de julho de 1971 a 31 de dezembro do mesmo ano,

II - 0,6% (seis décimos por cento), nas contribuições devidas no ano de 1972.

III - 0,8% (oito décimos por cento), nas contribuições devidas no ano de 1973 e nas subsequentes

[...]

Art. 14 A contribuição ao PASEP será calculada, em cada mês, com base na receita e nas transferências apuradas no 6º (sexto) mês imediatamente anterior

Esclareça-se que a existência de eventual crédito da recorrente, relativamente aos pagamentos efetuados no período de 14/11/1995 a 15/12/1995 (fl. 12), objeto do pedido de restituição, deve ser apurado pela RFB, considerando a semestralidade da base de cálculo, a alíquota e a base de cálculo previstas na LC nº 08/70 e Decreto nº 71.618/72. O eventual crédito apurado deve ser utilizado para compensar débitos objeto de declaração de compensação controlada nestes autos, devendo os débitos remanescentes serem cobrados com os respectivos acréscimos legais

Quanto à pretensão da recorrente de afastar a aplicação da Lei Complementar nº 08/70, por ferir o princípio constitucional da isonomia, o Conselho Administrativo de

Recurso Fiscais (CARF), em sessão realizada no dia 08/12/2009, decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (*Constituição Federal, art 102, I, "a" e III, "b", art. 103, § 2º, Emenda Constitucional nº 3/1993*). Tal decisão resultou na edição da Súmula nº 2, abaixo reproduzida, cuja adoção é obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do § 4º do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹:

Súmula CARF nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Isto posto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer a semestralidade da base de cálculo do Pasep dos períodos de apuração cujos pagamentos, objeto do pedido de restituição, ocorreram a partir do dia 29/09/1995, homologando as compensações declaradas até o limite do crédito a ser apurado pela RFB.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva

¹ Art 72 As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em sumula de observância obrigatória pelos membros do CARF

[]

§ 4º As sumulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

CARF-MF
FI

Processo n.º : 10280.004104/00-11

Recorrente : TELE NORTE LESTE S/A (Sucessora da TELECOMUNICAÇÕES DO
PARÁ S/A – TELEPARÁ).

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 4º do art. 63 e no § 3º do art. 81 do Anexo II, c/c inciso VII do art. 11 do Anexo I, todos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, fica um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 3302-00.675.

Brasília - DF, em 10 de janeiro de 2011.

Areovaldo Mariano Tavares
Chefe da Secretaria da Terceira Seção Terceira Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com ciência
- () Com embargos de declaração
- () Com recurso especial

Em ____/____/____