



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA	
Segundo Conselho de Contribuintes	
Publicado no Diário Oficial da União	
De	16 / 03 / 06
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

Recorrente : EMPRESA DE FOMENTO DA INFORMÁTICA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO - FISEPE
Recorrida : DRJ em Recife - PE

PIS/PASEP. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. PAGAMENTOS A MAIOR. PRAZO PRESCRICIONAL PARA REPETIÇÃO DO INDÉBITO. O prazo de prescrição para repetir o indébito tributário oriundo de pagamentos a maior realizados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 é de cinco anos a contar da Resolução do Senado Federal nº 49, publicada em 10/10/1995.

EMPRESA PÚBLICA. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do PASEP, até a edição da MP nº 1.212/95, correspondeu ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador conforme previsto no art. 14 do Decreto nº 71.618, de 26/12/1972.

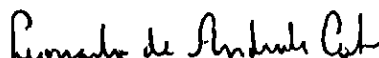
EMPRESA PÚBLICA. ALÍQUOTA. Face à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, a alíquota do PASEP das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, a partir de 1973 e até a entrada em vigor da MP nº 1.212/1995, em março de 1996, é igual a 0,8%, na forma do art. 3º da Lei Complementar nº 8/70.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **EMPRESA DE FOMENTO DA INFORMÁTICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - FISEPE.**

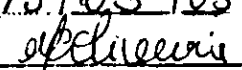
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis (Relator) e Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente), quanto à semestralidade. Designada a Conselheira Maria Teresa Martínez López para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2004.


Leonardo de Andrade Couto
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Adriene Maria de Miranda (Suplente).
Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.
Eaal/mdc

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 15/03/05

VISTO



Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

Recorrente : EMPRESA DE FOMENTO DA INFORMÁTICA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO - FISEPE

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição de fls. 01/04, protocolizado em 31/08/2000, relativo a créditos por recolhimentos a maior da Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), períodos de apuração de 01/91 a 02/96, a serem compensados com débitos futuros. Os pagamentos que originaram os créditos estão discriminados na planilha de fls. 03/04, tendo sido realizados conforme os DARF com cópias de fls. 1.415/1.451, vol. VI.

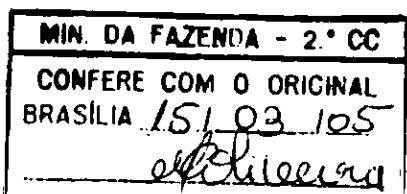
Nos termos da Informação Fiscal de fls. 1.938/1.939 e do Despacho Decisório de fl. 1.940, vol. VII, o pleito foi indeferido. Levando em conta a condição de empresa pública da requerente, o órgão de origem entendeu que, diante da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, a Contribuição é devida na forma da Lei Complementar nº 8/70, e não na modalidade PIS/Repique. Como a contribuinte efetivamente teria recolhido os valores na forma do PASEP Receita Operacional (código 3084), e não conforme o PIS, não caberia cogitar de pagamentos indevidos.

Contra a decisão a empresa ingressou com a manifestação de inconformidade de fls. 1.948/1.949, que deu origem ao Processo nº 10480.019766/2001-55, juntado ao processo em tela por anexação. Nela argui basicamente que:

- não houve análise da documentação apresentada;
- não obstante a diferença de base de cálculo e alíquota, a legislação infra-constitucional que trata do PIS é a mesma do PASEP, tanto assim que estabeleceram os mesmos códigos e períodos de recolhimento, sob o título de PIS/PASEP; e
- vinha arrecadando o PIS/PASEP obedecendo à legislação do PIS e, portanto, de forma indevida, pelo que apurou a diferença em seu favor.

A DRJ prolatou o acórdão de fls. 1.974/1.978, mantendo o indeferimento do Pedido. Reportando-se ao Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal nº 96/1999, que por sua vez considera o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/1999, entendeu que o prazo para a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, encerra-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, na forma dos arts. 165, I, e 168, I, do CTN.

Aduz que, por ser o pagamento uma das formas de extinção do crédito tributário (art. 156, I, do CTN), os pedidos de restituição/compensação devem ser feitos no prazo de cinco anos. No presente caso, visto que o Pedido ocorreu em 31/08/2000, naquela data já transcorreria o





Processo nº : 10480.009016/00-12

Recurso nº : 123.438

Acórdão nº : 203-09.910

prazo para pleitear a restituição dos pagamentos ocorridos em data anterior a 31 de agosto de 1995.

Quanto aos pagamentos realizados a partir de 31/08/1995, entendeu que, face à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, o PASEP voltou a ser regido pela Lei Complementar (LC) nº 8/70, art. 3º, Decreto nº 71.618/1972, arts. 7º, 8º e 9º, e toda a legislação posterior consentânea com a referida LC, incluindo o Título 5, Capítulo 2, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria nº 142/1982. Portanto, a base de cálculo é composta pelas receitas orçamentárias, inclusive transferências e receitas operacionais, com exclusão dos resultados de operações de crédito, sendo a alíquota igual 0,8%.

Por fim, ressalta que no período objeto do Pedido (períodos de apuração até fevereiro de 1996) não vigoravam as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 1.212/1995, convertida após reedições na Lei nº 9.715/1998. Esta legislação modificada só tem eficácia para os fatos geradores ocorridos a partir de março/1996.

O Recurso Voluntário de fls. 1.983/1.986, tempestivo (fls. 1.981 e 1.983), inicialmente também foi formalizado em processo separado, sob nº 10480.003741/2003-00, ora anexado ao presente como informa o Termo de Juntada de fl. 1.982.

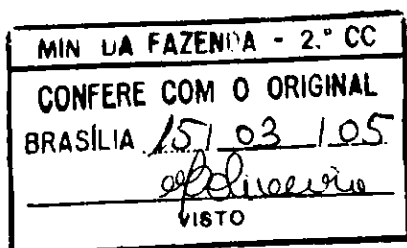
Nele a recorrente insiste na procedência do Pedido de Restituição/Compensação, alegando primeiramente que o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos, contados não da data do recolhimento, mas da homologação. Não havendo homologação expressa, como no caso dos autos, considera-se que esta acontece cinco anos após a ocorrência do fato gerador, pelo que a extinção do direito de pedir a restituição só ocorre em dez anos. Em seu favor menciona decisão judicial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (AC 1999.02.01.041439-6).

Refutando a interpretação da decisão recorrida, afirma que a Constituição de 1988 revogou tacitamente a Lei Complementar nº 8/70, por incompatibilidade absoluta com a novel Carta Magna.

Em seguida aduz que as empresas públicas exploradoras de atividade econômica não devem gozar de privilégios não estendidos às empresas privadas, consoante o art. 173 da Constituição Federal. Daí entender que a distinção entre as bases de cálculo da Contribuição – receita orçamentária para as empresas públicas; faturamento para as privadas – implica em flagrante ilegitimidade do PIS/PASEP, na forma em que exigida da recorrente.

Ao final afirma que “... resta mais uma vez evidenciado o recolhimento indevido pela ora RECORRENTE da contribuição do PIS/PASEP, posto que assim procedeu com base na legislação do PIS, e, portanto, a seu exclusivo prejuízo.”

É o relatório.





Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

CONFERE COM. O. G. 101018
BRASILIA 15/03/05
VISTO

2º CC-MF
FL

VOTO DO RELATOR EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
VENCIDO QUANTO À SEMESTRALIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

As duas matérias a tratar – termo inicial do prazo para repetição do indébito oriundo de pagamentos a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e base de cálculo do PIS/PASEP – são pacíficas nesta Terceira Câmara, como demonstrado adiante.

Sendo a recorrente empresa pública, conforme os seus estatutos (ver fl. 07), contribuía com o PASEP à alíquota de 0,8% (zero oito por cento), incidente sobre a receita orçamentária, inclusive transferências e receita operacional, nos termos do art. 3º de LC nº 8/70. Com a entrada em vigor dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, passou a recolher a Contribuição com base nos mesmos.

Por outro lado, é certo que o prazo de prescrição para repetição do indébito tributário oriundo dos pagamentos com base nesses dois Decretos-Leis deve ser contado a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, publicada em 10/10/1995. Neste sentido a jurisprudência deste Segundo Conselho de Contribuintes, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais,¹ que acompanho.

Conforme a jurisprudência consolidada deste órgão administrativo, o prazo quinquenal para repetição do indébito, no caso em tela, nem é contado da data da extinção do crédito tributário – como decidiu a DRJ, aplicando o Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal nº 96/1999 -, nem da data da homologação, cinco anos após o pagamento – como quer a recorrente, na esteira da jurisprudência do STJ.

O prazo para repetição do indébito começa a contar da data em que o direito pode ser exercido. Em sede de controle difuso de inconstitucionalidades tal prazo tem início com a publicação da resolução do Senado Federal que suspende a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a não ser que o contribuinte possua, ele próprio, ação judicial que lhe permita exercer o direito à restituição ou compensação antes do ato do Senado.

Como a recorrente não possui a ação própria referida, e o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 31/08/2000, naquela data ainda não transcorreram cinco anos a contar de 10/10/95 (data da publicação da Resolução do Senado nº 49). Assim, cabe restituir, se for o caso, os pagamentos comprovadamente realizados a maior, dentre aqueles relacionados na planilha de fls. 03/04.

Quanto à base de cálculo e alíquota da Contribuição, continuaram sendo determinadas pela LC nº 8/70, até o advento da Medida Provisória nº 1.212/1995, convertida

¹ Cf. Ac. CSRF/02-01.350, Recurso nº 201-117.007, julgado em 13/05/2003, unanimidade; Ac. CSRF/02-01.326, Recurso nº 201-115.734, julgado em 12/05/2003, unanimidade; Ac. 203-08.661, Recurso nº 120.903, julgado em 25/02/2003, unanimidade.

8



MI	CC
COI.	15/03/05
BRAS.	<i>[assinatura]</i>

Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

após reedições na Lei nº 9.715/1998 e com eficácia a partir de março de 1996. Neste ponto a decisão recorrida não merece reparo, a meu ver.

A alegação da recorrente, no sentido de que a LC nº 8/70 não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 e de que a distinção entre as bases de cálculo das empresas públicas (receita operacional) e das privadas (faturamento) é ilegítima, por implicar em privilégio das primeiras com ofensa ao art. 173 do Texto Constitucional, é matéria a ser apreciada somente pelo Judiciário.

Somente aquele Poder é competente para julgar inconstitucionalidades, não cabendo a este tribunal administrativo deixar de aplicar a legislação em vigor antes que aquele Poder se pronuncie. Neste sentido já informa, inclusive, o art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

Definido que a base de cálculo da recorrente é a receita operacional e a alíquota do PIS/PASEP para o período objeto do pedido de restituição é 0,8%, cabe constatar que a recorrente procedeu ao recolhimento da Contribuição, na sua maior parte, sob o código 3084 (Pasep Receita Operacional). Contudo, dentre os DARF com cópias acostadas aos autos, às fls. 1.415/1.451, alguns contêm o código 8109 (PIS Faturamento). Como exemplos de DARF sob o código 8109, com cópias anexadas aos autos e valores principais discriminados na planilha de fls. 03/04, observem-se as fls. 1.437/1.451.

Por último a questão da semestralidade do PIS, que não foi tratada em nenhum momento neste processo. O art 14 do Decreto nº 71.618, de 26/12/1972, que regulamenta o PASEP, estabeleceu o seguinte: "A contribuição ao PASEP será calculada, em cada mês, com base na receita e nas transferências apuradas no 6º (sexto) mês imediatamente anterior." Como se vê, tal disposição não difere daquela inserta no art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, aplicável ao PIS.

A despeito das posições contrárias, entendo que o art. 6º da LC nº 7/70 trata de vencimento da contribuição. O meu entendimento pessoal prende-se à necessidade de fato gerador e base de cálculo deverem estar em consonância, de modo que o aspecto quantitativo confirme o aspecto material da hipótese de incidência. O legislador ordinário, todavia, parecer ter desprezado tal necessidade, preferindo dissociar a base de cálculo do PIS/PASEP do seu fato gerador, fixando este num mês e aquela seis meses antes. Esta a interpretação que afinal predominou.

De todo modo, embora a matéria já seja pacífica nesta Terceira Câmara, na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais,² mesmo assim não pode ser reconhecida de ofício, posto que não é de ordem pública.

Assim, todas as leis que alteraram os prazos de vencimentos dos tributos, ou que estabeleceram correção monetária, devem ser consideradas no cálculo da repetição do indébito alegada.

² Cf. STJ, Primeira Seção, Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 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.

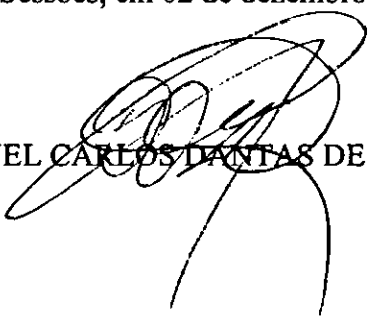


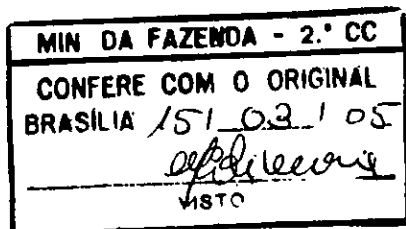
Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

Quanto à correção monetária dos valores, devem ser aplicados os índices oficiais, na forma na Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08/97.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao Recurso para assegurar o processamento da restituição/compensação, levando-se em conta todos os pagamentos discriminados na planilha de fls. 03/04, após comprovados os respectivos recolhimentos. A base de cálculo a ser considerada é a receita operacional, inclusive as transferências e receita operacional, com aplicação da alíquota igual a 0,8% (zero oito por cento). Quanto à correção do indébito, se houver, devem ser adotados os índices da Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, com juros SELIC a partir de 01/01/96.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2004.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS





Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

VOTO DA CONSELHEIRA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
DESIGNADA QUANTO À SEMESTRALIDADE DE OFÍCIO

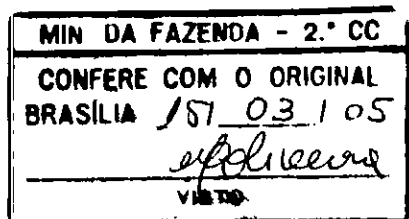
Ouso divergir do ilustre relator tão-somente quanto a SEMESTRALIDADE DE OFÍCIO. *A priori* uma vez restaurada a sistemática da Lei Complementar nº 8/70, pela declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, pelo Supremo Tribunal Federal, e Resolução do Senado Federal nº 49 (DOU de 10/10/95), no cálculo do PIS das empresas mercantis, a base de cálculo “deveria” ter sido a do sexto mês anterior, sem a atualização monetária (art 14 do Decreto nº 71.618, de 26/12/1972). Nesse sentido, passo às seguintes observações.

A um; a matéria ainda que não levantada pela contribuinte, diz respeito ao próprio direito da contribuinte. Pode e deve o julgador examiná-lo a qualquer tempo, ao dever de não ocasionar, em contrariedade à lei, prejuízos a direitos e interesses da contribuinte. A razão disto está na circunstancia de que o Conselho de Contribuintes funciona como órgão de revisão do ato administrativo. Se a decisão proferida não está conforme a lei, como não está, deve o julgador manifestar-se, independentemente de ter sido, determinado direito, alegado pela parte. É na verdade, o poder de tutela jurídica dos direitos e interesses públicos e privados. Esse poder de tutela do direito e o poder-dever de observar as normas legais e de atuá-las, efetivando direitos e obrigações - quer públicos quer privados, porque resulta de obrigação jurídica e que se efetiva mediante atos administrativos. Assim, na obrigação de aplicar o bom direito, é que passo a examinar a matéria.

A dois; o Código de Processo Civil dispõe, em seu artigo 462 que: “ Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.” Nesse sentido, o *jus superveniens* adveio dos julgamentos ocorridos no Superior Tribunal de Justiça, devendo o julgador levá-los em consideração, independentemente de quem possa ser com eles beneficiados.³

Feitas as considerações iniciais, pertinentes à questão da semestralidade, de ofício, analiso a questão, eis que, conforme dito, uma vez restaurada a sistemática da Lei Complementar nº 8/70, pela declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, pelo Supremo Tribunal Federal, e Resolução do Senado Federal nº 49 (DOU de

³ Veja-se, Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 240.938/RS (1999/0110623-0) publicado no DJ de 15 de maio de 2000, cuja ementa está assim parcialmente reproduzida: ... 3 - A base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela LC nº 7/70, art. 6º, parágrafo único (A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente”), permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP nº 1.212/95, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado “o faturamento do mês anterior” (art. 2º)...



7



Processo nº : 10480.009016/00-12
Recurso nº : 123.438
Acórdão nº : 203-09.910

10/10/95), no cálculo do PIS das empresas mercantis, a base de cálculo é a do sexto mês anterior, sem a atualização monetária.

O art 14 do Decreto nº 71.618, de 26/12/1972, que regulamenta o PASEP, estabeleceu o seguinte: "*A contribuição ao PASEP será calculada, em cada mês, com base na receita e nas transferências apuradas no 6º (sexto) mês imediatamente anterior.*" Como se verifica, tal disposição não difere daquela inserta no art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, aplicável ao PIS, tantas vezes reconhecida pela CSRF e pelo STJ.

Quanto à correção monetária, esta somente foi prevista para os recolhimentos efetivados após o término do prazo previsto no artigo 15 do mesmo Decreto, conforme estabelecido em seu artigo 16, *ipsis litteris*:

"Art. 15 – As contribuições devidas ao PASEP serão recolhidas até o último dia do mês em que forem devidas.

Art. 16 – Os recolhimentos efetivados após o término do prazo previsto no artigo 15, ficarão sujeitos a juros de 3% (três por cento) ao ano e correção monetária, calculada esta segundo a variação mensal do valor das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional."

Isso posto, assenta-se que, à semelhança do PIS, contribuição com a qual passou a coexistir em razão da unificação dos fundos constituídos com recursos dos dois programas, a base de cálculo do PASEP, da data de sua criação até o advento da MP nº 1.212/95, manteve a característica de semestralidade.

Dessa forma, impõe-se o deferimento do pedido de restituição de PASEP/compensação, de importância recolhida a maior pelos famigerados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, quando recalculado mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 8/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2004.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

