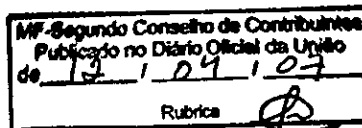




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

Recorrente : COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

PASEP. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. PAGAMENTOS INDEVIDOS OU A MAIOR. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO PARA O PEDIDO E PERÍODO A REPETIR. CINCO ANOS. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior realizados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 extingue-se em cinco anos, a contar da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/1995, podendo ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos anteriores à data do pedido, caso este seja formulado em tempo hábil.

PASEP. SEMESTRALIDADE. ART. 14 DO DECRETO nº 71.618/72. A contribuição ao PASEP será calculada, em cada mês, com base na receita e nas transferências apuradas no 6º (sexto) mês imediatamente anterior sem atualização monetária.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA.**

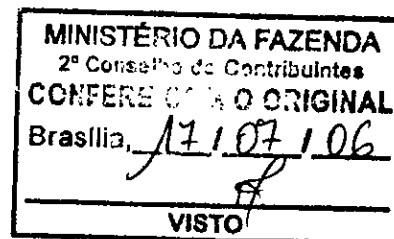
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) Pelo voto de qualidade, em negar provimento quanto à decadência. Vencidos os Conselheiros Cesar Piantavigna (Relator), Maria Teresa Martínez López, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva que consideravam como possível a restituição/compensação dos eventuais valores recolhidos a maior a título de PIS após 13/04/1989 (tese dos dez anos). Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor quanto à decadência; II) Por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para acolher a semestralidade. Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna (Relator) e José Adão Vitorino de Moraes (Suplente). Designada a Conselheira Maria Teresa Martínez López para redigir o voto vencedor quanto à semestralidade.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator-Designado

Maria Teresa Martínez López
Relatora-Designada



Participou, ainda, do presente julgamento o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto.
Ausente, justificadamente, a Conselheira Sílvia de Brito Oliveira.

Eaal/mdc



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 17/07/06 VISTO
--

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

Recorrente : COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA

RELATÓRIO

A Recorrente formulou Pedido de Compensação (fls. 01/04 e 11), formulado em 13/04/1999, buscou a compensação de PIS com indébito de PASEP da ordem de R\$ 21.988.425,33.

O indébito teria sido configurado mediante recolhimentos efetuados entre os meses de 01/89 (fl. 42) a 12/95 (fl. 12).

Com base em Parecer (fls. 103/104) que entendeu que parte do crédito postulado haveria sido atingido pela decadência - precisamente a referente às competências 01/89 a 04/99, e que outra parte teria sido absorvida por débito da contribuinte, de maior vulto, referente ao próprio período, o pleito foi indeferido (fl. 105).

“Recurso Voluntário” (fls. 106/121) da contribuinte sustentou que o prazo decadencial somente fora disparado com a publicação da Resolução 49/95 do Senado, fator que descaracterizaria o transcurso do lapso na situação sob enfoque. Demais disso, orientação do STJ, veiculadora da tese dos 5 + 5, também infirmaria a ocorrência de decadência no caso vertente. De fora parte tais colocações, a Recorrente alegou que a insuficiência de crédito ventilada pelo parecer que subsidiara o indeferimento do pleito teria por fundamento a “semestralidade” proscrita pelo parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 7/70. Aduziu, por último, seu direito de compensar pendências condizentes ao PIS com crédito de indébito de PASEP.

Admitido o recurso como manifestação de inconformidade, a DRJ de Salvador/BA solicitou diligência (fls. 127/128) para que fossem verificadas as bases de cálculo do PASEP com observância de índices idôneos, de forma a apurar-se eventual crédito da contribuinte dando-lhe ciência de tanto.

Não obstante o processo não reporte qualquer relatório de diligência posterior à manifestação da DRJ de Salvador/BA, foi por esta submetido a julgamento (fls. 185/198) que confirmou integralmente a decisão indeferitória do pleito da contribuinte, tendo a discussão cifrado-se à questão da decadência e da semestralidade do PIS, a primeira agasalhada e a última plenamente rechaçada pela Instância de piso.

Às fls. 199/202 consta anexa Impugnação completamente dissociada dos fatos debatidos nos autos.

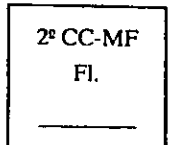
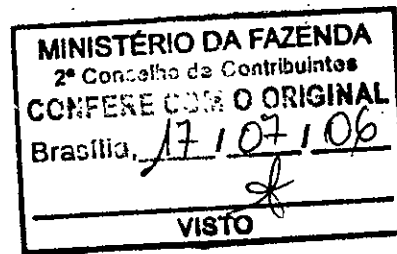
Recurso Voluntário (fls. 210/238) basicamente reprisou as alegações formuladas em manifestação de inconformidade.

É o relatório, no essencial (artigo 31 do Decreto nº 70.235/72).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672



VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
CESAR PANTAVIGNA

- Decadência -

A decadência na situação vertente somente se revela configurada quanto à parcela do cogitado crédito condizente às competências 01/89 a 03/89, na conformidade da orientação esboçada pelo STJ.

Na linha de entendimento consolidado pelo STJ, o prazo de 5 (cinco) anos estabelecido para a decadência do crédito decorrente de indébito tributário deve ser somado à homologação assinalada no § 4º do artigo 150 do CTN:

“§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Se não se operou a homologação expressa ventilada em tal dispositivo, deflui daí a consumação tácita de tal expediente administrativo, que depende do transcurso de 5 (cinco) anos contados da ocorrência de cada qual dos fatos geradores do tributo considerado para ser reputado materializado.

Antes de esgotados os prazos referidos (5 anos + 5 anos) não se pode cogitar de *prescrição*, sobretudo porque não transcorrido o período hábil à constatação formal, pela Fazenda Pública, de que o contribuinte promoveu pagamentos indevidos. Tais fatos podem, e em tese deveriam, ser admitidos antes da homologação assinalada no § 4º do artigo 150 do CTN, haja vista refletirem item de necessária análise para a ultimação da mencionada providência administrativa.

Considerando-se que a restituição pretendida está lastreada no PASEP vinculado às competências 01/89 (fl. 42) a 12/95 (fl. 12), destas procede-se à contagem dos 5 (cinco) anos aludidos no § 4º do artigo 150 do CTN, que esgotados abrem, então, o transcurso dos outros 5 (cinco) anos aventados no artigo 168, I, do mesmo texto normativo.

Observando-se tal sistemática conclui-se que o ativo da contribuinte foi atingido apenas parcialmente pela decadência (sequer pela *prescrição*, conforme exposto linhas atrás), pondo-se em relevo, nesta assertiva, a data da protocolização do pedido de restituição, isto é, 13/04/99 (fls. 01/04 e 11).

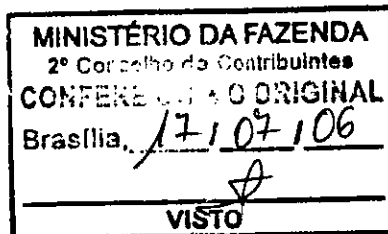
Consulte-se, nesta toada, ao entendimento do STJ sobre o tema, que em tudo confirma as observações adredemente formuladas:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PIS. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO. PRECEDENTES.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672



2ª CC-MF
Fl. _____

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.
2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.
3. A ação foi ajuizada em 23/03/2001. Valores recolhidos, a título de PIS, no período de 12/89 a 04/96. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 03/1991) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.
4. Precedentes desta Corte Superior.
5. Embargos de divergência parcialmente acolhidos para, com base na jurisprudência predominante da Corte, declarar a prescrição, apenas, das parcelas anteriores a 03/91, concedendo as demais, nos termos do voto." (EResp. nº 500.231/RS. 1ª Seção. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 10/11/2004. DJU 17/12/2004 – grifo da transcrição).

Confirmo, portanto, a configuração de decadência quanto aos alegados créditos da Recorrente apenas no que respeita às competências 01/89 a 03/89, reputando válido o que não estiver associado aos períodos aludidos.

- Semestralidade -

Ferindo-se o mérito de forma direta (já que a decadência reflete questão indireta de mérito) é necessário buscar inspiração na principiologia da tributação erigida pela Constituição, diluída em todo o resto do ordenamento jurídico.

A estrita legalidade (artigo 150, I, da Constituição Brasileira) inviabiliza a fixação de base de cálculo por meio de Decreto, sobretudo porque estes diplomas têm tarefa meramente elucidativa ou operativa da Lei (artigo 84, IV, da Constituição Brasileira; artigo 99 do CTN).

Sendo assim, inviável crer-se que a base de cálculo do PASEP tenha assumido a configuração da base de cálculo do PIS (que está disposta em Lei – parágrafo único do artigo 6º da LC nº 7/70) por força de Decreto.

9



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFERE O ORIGINAL Brasília, 17/07/06 VISTO
--

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

Sim, pois a Lei Complementar nº 8/70 estabeleceu que o fato gerador do PASEP seria a incorporação de "transferências" e a obtenção de "receita operacional", segundo infere-se de seu artigo 3º:

"Artigo 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." (destaquei)

Obviamente que as transferências e as receitas devem ser aquilatadas pelas expressões que assumem nos momentos em que são percebidas pelas respectivas instituições, não havendo razões para dissociá-las dos momentos em que despoem realizadas.

O Decreto nº 71.618/72, entretanto, investiu no contrário. Decerto: buscando equiparar a exigência do PASEP à do PIS, o Decreto nº 71.618/72 dispôs, em seu artigo 14 (sintonizado com o parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 7/70) que:

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

Estabeleceu-se, por meio de tal previsão regulamentar, a "semestralidade" do PASEP.

Contudo, a compatibilização da normativa do PASEP com a do PIS deveria ter sido intentada por meio de Lei, e não por Decreto, que não tem o condão de promover uma tal alteração, consoante extrai-se do artigo 97, IV, do CTN:

"Artigo 97. Somente a lei pode estabelecer:

IV – a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;"

Atine-se que os contribuintes não têm de arcar com cogitáveis reflexos indesejados decorrente de comportamentos sintonizados com a aplicação do artigo 14 do Decreto nº 71.618/72, à vista da previsão do parágrafo único do artigo 110 do CTN:

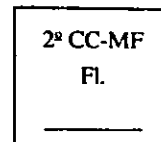
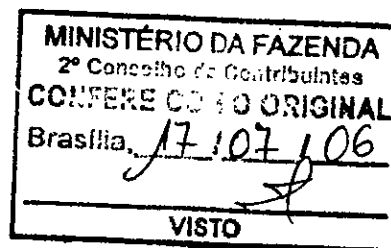
"Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo."

Entretanto, a conduta da contribuinte afinada apenas à Lei Complementar nº 8/70 não lhe confere a prerrogativa de reembolsar-se de importância paga a título de PASEP, à conta de previsão regulamentar impor-lhe carga mais tênue de tal exação, a exemplo do que se deduz do artigo 14 do Decreto nº 71.618/72.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

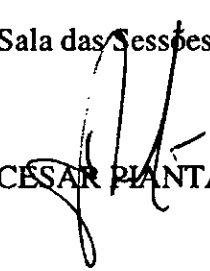
Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672



Posicionamento contrário restaria por tentar legitimar as atecnias praticadas na tributação, servindo para justificar, inclusive, manobras do próprio Poder Executivo voltadas às modificações de fatos geradores e bases de cálculo por meio de Decretos e outros expedientes meramente regulamentares.

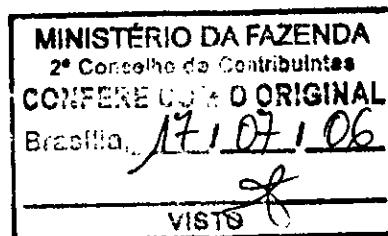
Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro 2006.


CESAR PLANTAVIGNA



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

**VOTO DA CONSELHEIRA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
DESIGNADA QUANTO À SEMESTRALIDADE DA BASE DE CÁLCULO**

Ouso divergir do ilustre relator ao negar provimento ao recurso no que diz respeito a afastar a semestralidade da base de cálculo do PASEP, sob o entendimento de que:

“A estrita legalidade (artigo 150, I, da Constituição brasileira) inviabiliza a fixação de base de cálculo por meio de Decreto, sobretudo porque estes diplomas têm tarefa meramente elucidativa ou operativa da Lei (artigo 84, IV, da Constituição brasileira; artigo 99 do CTN).”

Sendo assim, inviável crer-se que a base de cálculo do PASEP tenha assumido a configuração da base de cálculo do PIS (que está disposta em Lei – parágrafo único, do artigo 6º, da LC 7/70) por força de Decreto.”

O Decreto 71.618/72 dispôs, em seu artigo 14, como mencionado pela relator - *sintonizado com o parágrafo único, do artigo 6º, da Lei Complementar 7/70 - que:*

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

Fundamentalmente, não se pode conceber que um Poder reforme, modifique ou altere ato emanado de um outro Poder constituído, salvo quando expressamente autorizado, o que não se aplica ao caso dos autos. Não se pode, sem a devida reforma, penalizar o contribuinte quando esse ato lhe favorece.

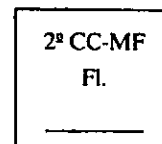
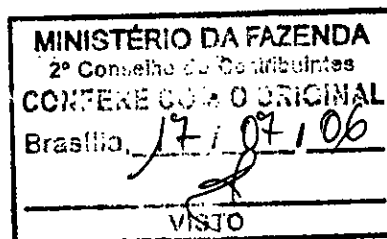
De outra frente, cabe indagar se a discussão na esfera administrativa é tão ampla que abrangeria até a discussão relativa à inconstitucionalidade das leis. É necessário analisar esta questão com o devido cuidado. Não se pode esquecer, primeiramente, que a Constituição é uma lei, denominada Lei Fundamental, e, por conseguinte, nada impede que o julgador ou contribuinte invoque tal ou qual dispositivo constitucional para alegar que a lei ou o ato administrativo contraria o disposto na Constituição. Afinal, há uma gama de interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica, cujo espectro deve ser reduzido a partir da aplicação dos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho defende que a recusa de apreciação da constitucionalidade da lei no âmbito administrativo deve ser afastada. Em sua opinião, “a existência de regra explícita produzida pelo Poder Legislativo não exime o agente público da responsabilidade pela promoção dos valores fundamentais. Todo aquele que exerce função pública está subordinado a concretizar os valores jurídicos fundamentais e deve nortear seus atos segundo esse postulado. Por isso, tem o dever de recusar cumprimento de leis inconstitucionais”.¹

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Revista Dialética de Direito Tributário nº 25. Artigo “Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo”. p. 72/73.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

Por outro lado, é importante lembrar que as decisões administrativas são espécies de ato administrativo e, como tal, sujeitam-se ao controle do Judiciário. Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário.² Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo, e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas.

Ademais, prevê a Constituição que se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, *caput*, art. 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88 e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou.³

Em face disso tudo, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como se depreende do Acórdão nº 202-13.158, de 29 de agosto de 2001, a saber:

"PIS - (...) NORMAS PROCESSUAIS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, II, "a" e III, "b", da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento parcial."

Diante dos fatos, tenho me curvado ao posicionamento deste Colegiado que tem, reiteradamente, de forma consagrada e pacífica, entendido não ser este o foro ou instância competente para a discussão da ilegalidade/constitucionalidade das leis. Neste caso, tem-se um Decreto favorável ao contribuinte, imbuído de isonomia com as normas aplicáveis às empresas privadas. A legitimidade do ato coaduna com a razoabilidade de se ter empresas públicas e privadas, utilizando-se de mesmas regras tributárias.

No entanto, sem adentrar no mérito, cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor, e em sendo assim, reconhecer o que está escrito com todas as letras no Decreto regulamentador.

Assim, a empresa pública, com respaldo no texto anteriormente transcrito, não recolhe a contribuição de seis meses atrás. Recolhe, isto sim, a contribuição do próprio mês. A base de cálculo é que se reporta à receita e às transferências apuradas no 6º (sexto) mês imediatamente anterior.

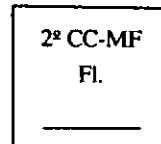
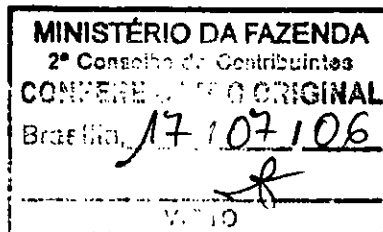
São Paulo

² Cabe ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, da CF, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

³ Ver a respeito, Acórdão nº 201-72.596 do Segundo Conselho de Contribuintes.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

A situação acima permaneceu até a edição da Medida Provisória nº 1.212, de 28/11/95, que conferiu novo tratamento ao PIS/PASEP. Observa-se que a referida Medida Provisória foi editada e renumerada inúmeras vezes até ser convertida na Lei nº 9.715, de 25/11/98⁴. O problema, portanto, passou a residir, no período de outubro de 1988 a fevereiro de 1996, (ADIN 1417-0) no que se refere a se é devido ou não a respectiva atualização quando da utilização da base de cálculo do sexto mês anterior. Mas isto para o caso das empresas submetidas à LC nº 7/70, ⁵ em razão da redação não ser tão explícita quanto à introduzida pelo Decreto nº 71.618/72. No caso do PASEP a redação, no meu entender, não suscita dúvidas muito embora admita que o conceito de clareza é relativo, dependendo do intérprete. Veja-se:

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

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se pronunciar manifestou-se pela semestralidade da base de cálculo do PASEP. Veja-se o REsp 550347/SE; RECURSO ESPECIAL - 2003/0095594-3, (DJ 01.02.2005 p. 485) de cuja ementa transcrevo a seguir:

Ementa: RECURSO ESPECIAL FAZENDA NACIONAL ALÍNEA "A". PASEP. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Consoante restou consignado no v. acórdão recorrido, à luz do disposto no artigo 14 do Decreto nº 71.618/72, que regulamentou a LC 08/70, que instituiu o PASEP, "a base de cálculo do PASEP é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador".

Recurso especial da Fazenda Nacional improvido.

RECURSO ESPECIAL FAZENDA NACIONAL ALÍNEA "A". PASEP. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Consoante restou consignado no v. acórdão recorrido, à luz do disposto no artigo 14 do Decreto nº 71.618/72, que regulamentou a LC 08/70, que instituiu o PASEP, "a

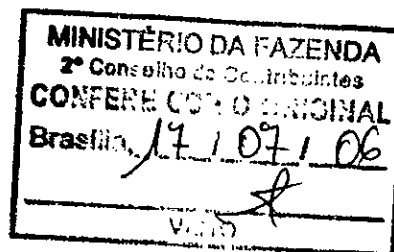
⁴ A redação, que vige atualmente, até o presente estudo, é a seguinte: Art. 2º - A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente: I – pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhe são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês.

⁵ "A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672



base de cálculo do PASEP é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador".

Recurso especial da Fazenda Nacional improvido.

RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUINTE. ALÍNEAS "A" E "C". PASEP. BASE DE CÁLCULO. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da Fazenda Nacional, e deu provimento ao recurso do contribuinte, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Castro Meira.

Por último, compulsando o *site* dos Conselhos de Contribuintes, verifica-se a existência de outras decisões favoráveis às empresas públicas, submetidas às regras do PASEP. Cite-se os Acórdãos CSRF/02-01.767; CSRF/02-01.768; CSRF/02-01.767; e CSRF/02-01.441.

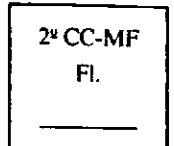
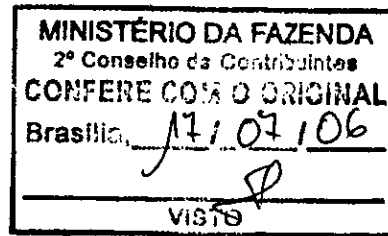
Dessa forma, diante de tudo o mais retro exposto, impõe-se o deferimento do recurso para admitir, na compensação solicitada/efetuada, a existência de créditos, no recálculo do PASEP mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 8/70, e, portanto, sobre a base de cálculo do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

**VOTO DO CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
DESIGNADO QUANTO À DECADÊNCIA**

Trato da divergência, com o nobre relator, relativa ao período a repetir na situação posta, em que o pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em tempo hábil.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo que o prazo para requerer a repetição do indébito oriundo dos pagamentos indevidos ou a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 é de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução do Senado nº 49, publicada em 10/10/1995. A jurisprudência deste Conselho de Contribuintes possui inúmeros acórdãos neste sentido, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que acompanho levando em conta que a recorrente não teve ação judicial que lhe reconheceu o direito à restituição ou compensação antes de 10/10/95.

Quanto ao período a repetir, abrange somente os cinco anos anteriores à data do pedido, contanto que este seja formulado em tempo hábil, ou seja, até 10/10/2000.

No caso em tela, em que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 13/04/1999, não há que se falar em prescrição da ação judicial para repetir o indébito, tampouco da decadência para o pedido de repetição, nesta via administrativa.

Adoto o entendimento expresso no Acórdão abaixo do STJ, embora atualmente esse tribunal já tenha alterado sua jurisprudência. Observe-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS. DECRETOS-LEI 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. LC Nº 7/70. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.IMPOSSIBILIDADE.

1. Não cabe a este Tribunal proceder ao exame de violações à Constituição pela via estreita do recurso especial.

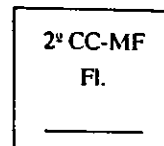
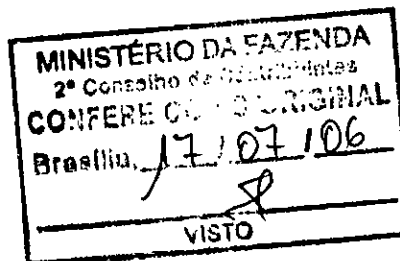
2. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo a quo do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a execução dos Decretos-Lei nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso.

3. Enquanto não ocorrido o respectivo fato gerador do tributo, não estará sujeita à correção monetária a base de cálculo do PIS apurada na forma da LC 07/70. Entendimento consagrado pela 1ª Seção do STJ.

4. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, Julgado à unanimidade em 20/05/03, DJU de 09/06/03). (Negrito ausente no original).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

Mais recentemente o STJ passou a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente da origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.

Não considero que o prazo para repetição do indébito no caso dos dois Decretos-Leis, na via administrativa, começa a contar de 04/03/94, data da publicação do Recurso Extraordinário nº 148.754 – no qual o STF declarou inconstitucionais os referidos Decretos-Leis – porque, como é cediço, os efeitos da decisão em sede dessa espécie recursal não são *erga omnes*, só se aplicando às partes. Daí que não se pode afirmar ter nascido naquela data, para a recorrente, o direito à repetição do indébito, na seara administrativa.

Por outro lado, como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), descabe, *data venia*, considerar aquela data, também no caso de ação judicial.

Tampouco considero o início do prazo para solicitação da restituição ou compensação na data da publicação da MP nº 1.110, de 31/08/95 – cujo art. 17, VIII, dispensou a constituição de créditos, bem como a inscrição na dívida, no caso do Pasep em questão. É que o § 2º do art. 17 da MP nº 1.110/95 ressaltou que tal dispensa não implicava em restituição de quantias pagas. Assim, embora anterior à Resolução do Senado nº 49/95, referida MP não permitia a restituição. Daí o direito à repetição de indébito não ter nascido, ainda, na data da MP nº 1.110, que depois de reedições foi convertida na Lei nº 10.522, de 19/07/2002.

Somente na reedição sob o nº 1.621-36, de 10/06/98, é que o § 2º do dispositivo legal referido, agora renumerado como art. 18, teve sua redação alterada para informar que a dispensa da constituição do crédito ou da inscrição na dívida ativa não implicava em restituição *ex officio*, apenas. Ou seja, a partir da MP nº 1.621-36, quando solicitada a restituição deveria ser deferida.

Esclarecido porque compreendo que o prazo para a restituição ou compensação dos indébitos oriundos dos malsinados Decretos-Leis começa a contar da publicação da Resolução do Senado nº 49/95, sublinho que a recorrente não possui ação judicial autorizativa de repetição do indébito em questão, e que o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em tempo hábil.

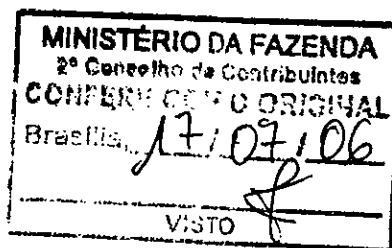
Dessarte, cabe restituir, após verificação por parte da Secretaria da Receita Federal, os pagamentos comprovadamente realizados a maior no período dos cinco anos imediatamente anteriores à data do Pedido. **Ou seja, a repetição do indébito abrange os recolhimentos efetuados a partir de 13/04/1994.**

Escorado em julgamentos do STF (RE nº 136.883/RJ, 2ª Turma), do STJ (REsp. nº 332.368-MG, da 2ª Turma) e dos Conselhos de Contribuintes (a exemplo do Acórdão nº 106-14.325,⁶ Recurso nº 138.919, julgado em 11/11/2004), já votei no sentido de que todos os

⁶ Número do Recurso: 138919
Câmara: SEXTA CÂMARA
Número do Processo: 10930.003667/2001-14
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IR/FLL
Recorrente: MACSOL MANUFATURA DE CAFÉ SOLÚVEL LTDA.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

recolhimentos indevidos poderiam ser repetidos, independentemente da data do recolhimento, contanto que o pedido de restituição ou compensação fosse formulado até cinco anos após a publicação da Resolução do Senado nº 49/95.

Todavia, após estudar melhor a matéria, reformulo o meu entendimento, diferenciando a situação em que a declaração de inconstitucionalidade é proferida em sede do controle concentrado ou abstrato - ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) -, daquela em que a inconstitucionalidade é tratada na via difusa ou incidental.

É que no controle concentrado a instabilidade jurídica decorrente dos efeitos *ex tunc* da decretação de inconstitucionalidade pode ser mitigada pelo STF, como informam os arts. 27 da Lei nº 9.868,⁷ de 10/11/99 (que dispõe sobre a ADI e a ADC) e 11 da Lei nº 9.882,⁸ de

Recorrida/Interessado: 1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Data da Sessão: 11/11/2004 01:00:00

Relator: Ana Neyle Olímpio Holanda

Decisão: Acórdão 106-14325

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, RECONHECER a legitimidade, AFASTAR a decadência do direito e DETERMINAR a remessa dos autos à DRF de origem para análise do pedido.

Ementa: IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - PRAZO DECADENCIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo ou da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária (CSRF/01-03.239). Se o indébito se exterioriza a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras do tributo, surge para o contribuinte o direito à sua repetição, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido (Entendimento baseado no RE no 141.331-0, Rel. Min. Francisco Rezek). Na espécie, trata-se de direito creditório decorrente da retirada do dispositivo do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista", do ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução no 82, do Senado Federal, publicada no DOU de 19/11/1996. Assim, em se tratando de sociedades por ação, para que não seja atingido pela decadência, o pedido de reconhecimento do direito creditório deve ter sido apresentado até cinco anos contados da data da publicação da referida Resolução do Senado Federal.

LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - Relevante para a espécie que o tributo tenha sido recolhido pela requerente e que a cobrança da exação tenha sido dada por indevida, pelo STF, com a confirmação do Senado Federal. Comprovado que o pagamento do tributo se deu em nome da empresa, o que denota ter esta arcado com o ônus do seu recolhimento, e que incidiu sobre o lucro líquido total apurado em 31/12/1989.

Legitimidade reconhecida.

Decadência afastada.

⁷ Lei nº 9.868/99:

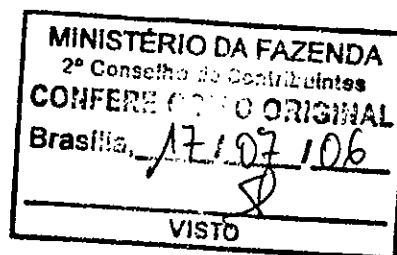
"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

⁸ Lei nº 9.882/99:

"Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

03/12/99 (que trata da ADPF). Assim, em vez de se permitir a restituição de todos os recolhimentos, por mais antigos que sejam, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

Diferentemente ocorre no controle difuso, em sede do qual inexiste a previsão para restrição quanto aos efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade. A nulidade com efeitos *ex tunc*, inicialmente com validade somente para as partes, após a resolução senatorial são estendidos a todos (efeitos *erga omnes*). Neste caso, manter os efeitos *ex tunc* pode causar enorme insegurança jurídica. Por isto a necessidade de considerar a decadência, com o objetivo de dar eficácia ao princípio da segurança jurídica. No controle concentrado zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso, é função da decadência.

Neste ponto cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal também possui decisões no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme demonstra o RE 57.310-PB, de 09/10/94, *verbis*:

Recurso Extraordinário não conhecido – A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra – Declarada inválida uma lei tributária, a consequência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas pela prescrição. (Negrito ausente no original).

Doutrinariamente, ensinamentos constantes da obra Mandado de Segurança, de Hely Lopes Meirelles, Malheiros, 24ª edição, 2002, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, também informam o seguinte, às páginas 373/374:

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou impugnação.

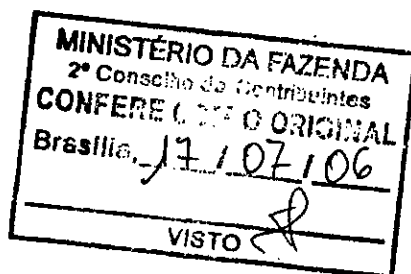
No caso do PIS/Pasep, a preclusão para repetição do indébito, regra geral, ocorre cinco anos após a extinção do crédito tributário. Sendo um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o contribuinte se obriga ao recolhimento do tributo antecipadamente, antes do lançamento a cargo da administração tributária, o prazo para a restituição é dado pelo art. 168, I, combinado com o arts. 165, I, e 156, VII, todos do CTN. Ou seja: 05 (cinco) anos, a contar do pagamento indevido.

Referidos artigos estabelecem a regra geral, segundo a qual finda em cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário, o prazo para solicitação de repetição de indébito advinda

ser fixado.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.004603/99-37
Recurso nº : 128.699
Acórdão nº : 203-10.672

de pagamento indevido ou a maior. Esse prazo deve imperar inclusive no caso de inconstitucionalidade decretada por meio do controle difuso, de modo a impedir a repetição de valores recolhidos no período anterior ao intervalo dos cinco anos que antecede o pedido.

Somente na hipótese de inconstitucionalidade proferida em sede do controle concentrado, quando o STF pode restringir os efeitos *ex tunc* da nulidade declarada, entendendo deva ser excetuada a regra geral, de forma a permitir a repetição de todo o período, a não ser que o Tribunal diga o contrário.

Quando a inconstitucionalidade for declarada em sede do controle concentrado, e o STF não tiver restringido os seus efeitos *ex tunc*, todos os pagamentos indevidos podem ser restituídos, contanto que o pedido de repetição do indébito seja formulado no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão; quando declarada por meio do controle difuso, como se deu no Pasep em questão, somente podem ser repetidos os pagamentos que ocorreram no interstício dos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido, neste caso com obediência aos artigos do CTN, mencionados acima.

Destarte, na situação em tela, em que o Pedido de Compensação foi formulado em 13/04/1999, está atingido pela decadência o direito à repetição do indébito referente aos recolhimentos efetuados antes de 13/04/1994.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS