

Relatório

Trata-se de processo retornado à pauta de julgamento em razão de embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional sob a alegação de que foi verificado contradicção no acórdão embargado.

Os autos vieram a julgamento nesta Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, na sessão plenária de 12 de maio de 2004, tendo o Colegiado decidido, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso. O entendimento da Câmara está delineado no Acórdão nº 202-15.580, o qual ficou assim assentado:

"NORMAS PROCESSUAIS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN.

O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o inicio de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem inicio a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário).

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL.

O termo inicial de contagem da decadência/prescrição para solicitação de restituição/compensação de valores pagos a maior não coincide com o dos pagamentos realizados, mas com o do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que retirou do ordenamento jurídico, com efeito ex tunc, a lei declarada inconstitucional.

PIS. COMPENSAÇÃO.

Com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 18 da Lei nº 9.715/1998, os indébitos oriundos de recolhimentos efetuados nos moldes da Medida Provisória nº 1.212/1995 e de suas reedições, no período compreendido entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, devem ser calculados observando-se que a alíquota era de 0,75% incidente sobre a base de cálculo, assim considerada o saturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. A partir de 1º de março de 1996, passaram a vigor com eficácia plena as modificações introduzidas na legislação do PIS por essa Medida Provisória e suas reedições.

Recurso provido em parte."

Para melhor entendimento, reproduzo a seguir os embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional:

"A i. Câmara reconheceu mediante votação unânime o afastamento da decadência e o 'retorno à DRJ para enfrentar o mérito do pedido'.

Contudo, verifica-se que ao prolatar seu voto, o nobre conselheiro relator adentrou no mérito da quaestio iuris, ao discorrer, por

exemplo, sobre a pretensa ausência de norma legal no período compreendido entre 1º de outubro e fevereiro de 1996 a amparar a contribuição para o PIS.

Considerando que na ementa do acórdão embargado encontra-se expressa referência ao encaminhamento da decisão à instância de primeiro grau para apreciação do mérito, mister ponderar que houve contradição entre a ementa e a fundamentação do acórdão.

Nesse aspecto, releva-se que ao abordar o mérito do litígio, a decisão de segundo grau supriu instância administrativa, o que se assegura inarredável violação aos princípios constitucionais de ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Urge salientar, ainda, a inexistência de fundamentação legal a respeito do afastamento da decadência do pedido de restituição/compensação do contribuinte.

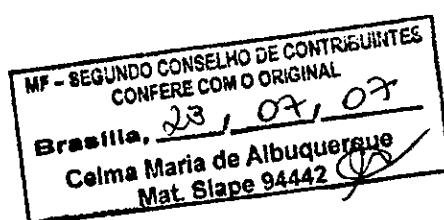
Como é cediço, a falta de motivação dos atos administrativos implica a nulidade da decisão recorrida.

Tratando-se a fundamentação de requisito essencial à decisão e considerando-se que houve apreciação parcial da matéria discutida nos autos, mister encaminhar-se o processo em evidência novamente à c. câmara para julgamento do ponto jurídico sobre o qual não houve fundamentação da ilustre relatoria, corrigindo-se assim a omissão verificada.

Isto posto, requer a União (Fazenda Nacional) sejam os embargos de declaração providos para sanar a contradição e omissão apontadas."

Tendo em vista o falecimento do Conselheiro Raimar da Silva Aguiar, relator original deste processo, esta Conselheira foi designada "Ad hoc" para analisar os embargos e colocar o processo em pauta com a proposta de saneamento, se for o caso.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23, 02, 07
Celma Maria de Albuquerque
Mat. Siape 94442

CC02/C02
Fls. 5
137
100

Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

Os embargos de declaração atendem aos requisitos para sua admissibilidade, deles tomo conhecimento.

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, apresentado em 30 de outubro de 2001, referente ao período de apuração de outubro de 1995 a fevereiro de 1996. Pede a contribuinte, o valor integral pago nesse período (fotocópias de Darfs juntados aos autos).

Pelo Acórdão DRJ/CPS Nº 3.895, de 28/04/2003, a autoridade julgadora de primeira instância indefere o pleito, pela decadência, nos termos da ementa que abaixo se transcreve:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/1995 a 28/02/1996

Ementa: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

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. Solicitação Indeferida".

Pela análise da decisão do Colegiado (Ac. nº 202-15.580) verifica-se ter enfrentado apenas na sua ementa a figura da decadência, ainda que tenha constado na conclusão do voto-menção ao afastamento da mesma. Houve portanto ausência de motivação no afastamento da decadência. Realmente, a falta de motivação leva a uma nulidade, quando não puder ser sanada.

No mérito, vejo outro equívoco. Explico. Quanto ao direito da contribuinte, à restituição da quantia paga, a Câmara, com fundamento em voto transrito do I. Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, manifestou-se no sentido de ser devida a restituição, apenas da diferença entre o valor pago e o valor devido, sendo que, naquele específico caso, com a semestralidade embutida, por se tratar de empresa comercial. A exemplo do ocorrido com a decadência, somente na conclusão do voto, o saudoso Conselheiro - Relator, acertadamente, determinou que o cálculo seja efetuado com fundamento na sistemática PIS/Repique. Houve portanto ausência de motivação no fundamento da sistemática de apuração (PIS/Repique) bem como, contradição entre o acórdão transrito (de outro caso) com a conclusão final.

Entendo, portanto admissível os embargos, para suprir e afastar omissão e contradição apontadas quer na ementa como no voto prolatado pelo então conselheiro-relator.

Em síntese, duas matérias devem ser previamente analisadas: A primeira (omissão) diz respeito à decadência, na qual a Câmara afastou, sem no entanto mencionar as razões (motivação). A segunda (contradição), diz respeito a forma de recálculo do direito à restituição, se da forma como as empresas comerciais ou das prestadoras de serviços.

Em razão dos fatos apontados, passo ao saneamento das questões;

Decadência – prazo para o pedido de restituição – motivação.

Em primeiro lugar, reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, ressalvo a minha opinião particular de ter defendido que os pedidos efetuados antes da vigência do disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005¹ devam obedecer ao prazo de 10 anos retroativos a contar do pleito².

No caso dos autos, a decisão recorrida (ementa) decidiu por afastar a decadência, levando em conta a tese dos 5 anos (entendimento que vem sendo adotado também pela Eg. CSRF), razão pela qual curvo-me a esta, por ser também a tese defendida por esta Eg. Câmara.

Voltando ao passado, a contribuição para o PIS, instituída pela Lei Complementar nº 7, de 1970, com as alterações determinadas pela Lei Complementar nº 17, de 1973, teve sua regência modificada pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram suas execuções suspensas pela Resolução nº 49, de 1995, do Senado Federal.

Com a retirada dos malsinados decretos-leis do mundo jurídico, voltaram a vigorar as regras da Lei Complementar nº 7, de 1970, que dispunha que a alíquota da contribuição para o PIS era de 0,75%, tendo como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, conforme pronunciamento reiterado e pacífico do Superior Tribunal de Justiça, o que foi acompanhado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão CSRF/01-04.960, de 14/06/2004.

Em 28/11/1995 foi editada a Medida Provisória nº 1.212, posteriormente convertida na Lei nº 9.718, de 27/11/1998, que estabeleceu como base de cálculo para o PIS o faturamento do próprio mês de ocorrência do fato gerador, reduzindo a alíquota para 0,65%.

A MP nº 1.212, em seu art. 15, determinou que o novo regramento fosse aplicado “aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995”. Esta disposição foi mantida nas sucessivas reedições da MP, vindo a constituir o art. 18 da Lei nº 9.718/98.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 1.417-0/DF, declarou inconstitucional a parte final do referido art. 18 da Lei nº 9.715, de 1998, que determinava a incidência da norma retroativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995, o que implicou a extensão da inconstitucionalidade da mesma expressão veiculada pelas medidas provisórias que antecederam a referida lei.

Desta forma, diante da declaração de inconstitucionalidade da retroação da norma, a Medida Provisória nº 1.212, de 28/11/1995, passou a produzir efeitos apenas a partir

¹ "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

² O prazo para ao pedido de restituição/compensação de indébito é de dez anos a contar do fato gerador do tributo. (Precedentes do STJ - Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 435.835-SC).

de 1º/03/1996, isto em obediência à anterioridade nonagesimal, inscrita no art. 195, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Conseqüentemente, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, quando ainda não vigiam as determinações da Medida Provisória nº 1.212, a incidência da contribuição para o PIS continuou sendo disciplinada pela Lei Complementar nº 7/70, com as modificações da Lei Complementar nº 17/73.

Não há dúvida de que a demarcação da norma que regeria a incidência da contribuição para o PIS, no período de 1º de outubro de 1995 a 29 de fevereiro de 1996, decorreu da solução de uma situação jurídica conflituosa, que apenas se dirimiu com o julgamento da ADIn nº 1.417-0/DF.

A controvérsia acerca do prazo (decadência) para a restituição de tributos e contribuições federais, quando tal direito decorra de situação jurídica conflituosa, já foi enfrentada por diversas vezes nesta Câmara, concluindo-se que, nestes casos, a natureza jurídica do indébito é a própria declaração de inconstitucionalidade.

Assim, deve-se levar em conta dois momentos distintos, que são o pagamento em si e o instante em que o este se torna indevido, porque, na época de sua realização ele era estritamente legal, só vindo a perder este status após a decisão que declarou inconstitucional a norma que o fundamentava.

Tais circunstâncias são de fundamental importância para a demarcação do *dies a quo* da contagem do prazo de decadência do direito de pleitear a restituição dos valores recolhidos com base na MP nº 1.212, e que deveriam ter sido efetuados nos termos da Lei Complementar nº 7/70 e suas alterações válidas.

Assim, como a incidência da contribuição para o PIS, no período de 1º de outubro de 1995 a 29 de fevereiro de 1996, com base na MP nº 1.212/95, só veio a ser afastada com o julgamento da ADIn nº 1.417-0/DF, publicada em 16/08/1999, deve ser este o *dies a quo* a ser tomado para a contagem do prazo decadencial dos pedidos de restituição dos valores pagos a maior com base no dispositivo declarado inconstitucional.

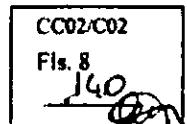
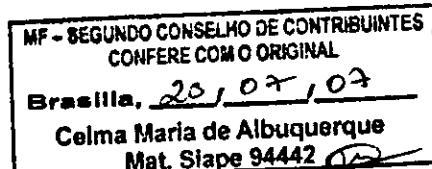
Conseqüentemente, explicado está porque deve ser afastada a decadência do pedido de restituição do tributo em foco, de vez que formulado em 30 de outubro de 2001, quando ainda não tinha transcorrido o prazo de cinco anos da data da publicação do Acórdão do STF na ADIn nº 1.417-0/DF.

Passo a análise do mérito, ou seja, ao direito ou não da restituição solicitada.

Mérito – do direito à restituição

A decisão embargada acertadamente deu parcial provimento ao pedido efetuado. Explico, tendo em vista a ausência de motivação e contradição entre o decidido e o exposto no voto.

O que se infere dos autos do presente processo é que a contribuinte recolheu o PIS na modalidade de PIS-Faturamento, obedecendo as regras impostas pelos decretos-leis que, mais tarde, foram considerados inconstitucionais.



Pleiteia a interessada o reconhecimento de direito creditório sobre valores que entende recolhidos indevidamente, a título de PIS, pagos na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, mas o faz partindo do pressuposto de que tudo o que recolheu era indevido. A decisão embargada é contraditória ao transcrever acórdão que dispunha o recolhimento da contribuição sob a égide do PIS na modalidade faturamento, quando o certo ("Conclusão" do acórdão embargado) deve ser-lo na modalidade do PIS/Repique, razão pela qual o provimento foi parcial.

Em sendo pelo PIS/Repique, a questão da semestralidade da base de cálculo fica prejudicado na formação de possível crédito a restituir. Assim, o pleito da interessada, pedido integral de restituição, foi parcialmente deferido.

Recorde-se, quanto à base de cálculo da contribuição para empresas prestadoras de serviços, a contribuição para o PIS deveria ser recolhida com base no art. 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 07/70, que determinou que, para as empresas que não realizem operações de vendas de mercadorias, a contribuição será calculada, no exercício de 1973 e subsequentes, tomando-se como base de cálculo o valor do Imposto de Renda, incidindo sobre este valor a alíquota de 5%:

"Art 3º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

- a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;*
- b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:*
 - 1) no exercício de 1971, 0,15 %;*
 - 2) no exercício de 1972, 0,25%;*
 - 3) no exercício de 1973, 0,40%;*
 - 4) no exercício de 1974 e subsequentes, 0,50%.*

§ 1º - A dedução a que se refere a alínea a deste artigo será feita sem prejuízo do direito de utilização dos incentivos fiscais previstos na legislação em vigor e calculada com base no valor do Imposto de Renda devido, nas seguintes proporções:

- a) no exercício de 1971 -> 2%;*
- b) no exercício de 1972 - 3%;*
- c) no exercício de 1973 e subsequentes - 5%.*

§ 2.º - As instituições financeiras, sociedades seguradoras e outras empresas que não realizam operações de vendas de mercadorias participarão do Programa de Integração Social com uma contribuição ao Fundo de Participação de, recursos próprios de valor idêntico do que for apurado na forma do parágrafo anterior."

f J

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23, 07, 07
Celma Maria de Albuquerque
Mat. Siape 94442

CC02/C02
Fls. 9
141

Compulsando os autos verifica-se ser a contribuinte empresa prestadora de serviços, conforme consta do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ (fl. 13): “Hotel com restaurante”.

A empresa não juntou estatuto e sequer as declarações de IRPJ, mas anexou o Cadastro Nacional da PJ que diz como atividade econômica principal o seguinte: 55.11-05-01 – hotel com restaurante. Em pesquisa ao site da Receita, depreende-se que o código utilizado refere-se às prestadoras de serviços (55.11).

No entanto, cabe esclarecer tratar-se de reconhecer possível “direito” de restituição/compensação, e não de análise de processo de auto de infração. Neste particular, cabe a este Eg. Conselho dar os parâmetros para a conferência pela autoridade executora do acórdão, dos critérios apurados pelo contribuinte.

Desse modo, considerando-se que a recorrente é pelo que se tem conhecimento, empresa prestadora de serviço e, nos termos da LC nº 7/70, era devedora do PIS/Repique, admite-se a possibilidade de existência de indébitos referentes à contribuição, aos quais a contribuinte tem direito à restituição/compensação, uma vez que o pedido foi apresentado em tempo hábil.

Portanto, acolho os embargos no intuito de modificar a ementa e o acórdão, passando a ter em síntese e fundamentalmente a seguinte fundamentação:

i - Decadência – Pedido de restituição de indébitos referentes à contribuição para o PIS, no período de 1º/10/1995 a 29/02/1996, pagos com base na MP nº 1.212/95, formulado antes do prazo de cinco anos da data da publicação do Acórdão do STF na ADIn nº 1.417-0/DF, há de se manter afastada a decadência.

ii - Direito à restituição - Em se tratando de empresa prestadora de serviços, inaplicabilidade da semestralidade nos moldes do parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70. Empresa sujeita ao PIS-Repique, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da LC nº 7/70, modalidade do PIS/Repique. Restituição apenas da diferença apurada entre o devido e o pago. Assim, reconhecer o direito à restituição/compensação dos respectivos pagamentos, no que for superior à contribuição calculada com base na Lei Complementar nº 7/70 para as empresas prestadoras de serviços (PIS/Repique).

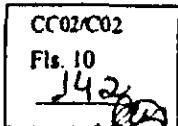
iii - Os valores dos indébitos que porventura remanescerem devem ser corrigidos monetariamente até 31/12/1995 com base na tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/Cosit/Cosar nº 08, de 27/06/97. A partir de 1º/01/96, passam a incidir sobre os indébitos exclusivamente juros equivalentes à taxa Selic, acumulada mensalmente até o mês anterior ao da restituição/compensação, e de 1% relativamente ao mês em que esta estiver sendo efetuada, por força do disposto no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

iv - Ressalvar o direito de a Fazenda Nacional, autoridade administrativa encarregada da execução do presente julgado, conferir todos os cálculos.

Por se tratar apenas de pedido de restituição, uma vez analisado o mérito (direito ao suposto crédito), impertinente o retorno dos autos à DRJ para novamente enfrentar a análise.

Conclusão:

ff



Pelo acima exposto, dou provimento aos embargos de declaração para sanar as omissões, contradições e retificar a ementa e o voto do acórdão naquilo que for incompatível com o aqui disposto.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2007.

[Handwritten signature over the typed name]
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

