



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 10850.002831/2002-39
Recurso nº 144.794 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÃO / COMPENSAÇÃO PIS
Acórdão nº 293-00.170
Sessão de 10 de fevereiro de 2009
Recorrente VENTILADORES PRIMAVERA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/09/1992 a 30/09/1995

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PIS. PRESCRIÇÃO.

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior, a título de contribuição para o PIS, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 extingue-se em cinco anos, contados de 10/10/1995, data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 49.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior, a título de contribuição para o PIS, com base nas alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.212, de 1995, extingue-se em cinco anos, contados a partir da publicação do acórdão definitivo que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para fins de aplicação das regras previstas na Lei Complementar nº 7/70, em especial, a da semestralidade.

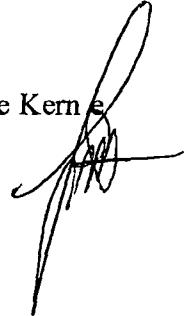
GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Presidente

Andreia Dantas Lacerda Moneta
ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Alexandre Kern e Luis Guilherme Queiroz Vivacqua.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 211/224) interposto pela contribuinte acima identificada, em 20/08/2007, contra acórdão nº 14-15.923, de 04 de junho de 2007, da 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP, que indeferiu o pleito de restituição formulado pela recorrente, nos termos da ementa do acórdão (fl. 203):

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de Apuração: 01/09/1992 a 31/01/1996

INDÉBITO FISCAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de se pleitear restituição de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Solicitação Indeferida.

Em 22/11/2006 (fls. 173/185) a autoridade local indeferiu o pedido de restituição, argumentando que ocorreu a decadência do direito de pôr.

Inconformada com a decisão, a Recorrente interpôs recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes, basicamente reiterando os argumentos apresentados na Manifestação de Inconformidade: que objetivava a restituição de valores recolhidos a maior a título de PIS no período compreendido de setembro de 1992 a janeiro de 1996, nos moldes dos Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteraram a base de cálculo e alíquota do indigitado tributo, até posterior declaração de inconstitucionalidade dos mesmos em controle difuso pelo STF; que o prazo para reaver/compensar importância que diga respeito a tributos lançados por homologação (art. 150 CTN) é decenal, sendo 5 anos para a Fazenda homologar o lançamento (§ 4º do art. 150), mais 5 anos do prazo prescricional – art. 168, I, do CTN;

É o relatório.

Voto

Conselheira ANDRÈIA DANTAS LACERDA MONETA, Relatora

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Em 28/10/2002, a Recorrente pretendeu obter o direito de restituição de valores recolhidos a maior de PIS do período de setembro de 1992 a janeiro de 1996, conforme planilha de cálculo apresentada às fls. 02/03, no valor de R\$ 50.221,22.

Com relação a ocorrência de decadência, entendo que, na verdade, a situação em questão é de prescrição e não de decadência.

Isso porque, a prescrição surge como direito de ação do contribuinte em pleitear o que pagou indevidamente ou a maior, ainda que esse direito seja exercido na seara administrativa, o que me leva a crer que o prazo para pedido de restituição, previsto no art. 168 do CTN, é de prescrição.

Nessa esteira, a Recorrente, se insurge contra o entendimento adotado pela 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP, a qual entendeu que o prazo “decadencial” para pleitear a repetição do indébito teria se exaurido em virtude da aplicação dos arts. 165, I e 168, I do CTN c/c o artigo 150, § 4º também do CTN.

Discordo parcialmente de tal entendimento, vejamos:

- Análise do periodo de 01/09/1992 a 30/09/1995

O direito e prazo para pleitear restituição de indébito estão disciplinados nos arts. 165 e 168 do CTN, que assim dispõem:

“Art. 165 O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

Art. 168 O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

Aplica-se, portanto, o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do *caput* do art. 168 do Código Tributário Nacional e art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

No lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento do tributo e se confirma com a homologação ocorrida cinco anos depois, o que é ratificado pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005.

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05, que assim dispõe:

"Art. 3º Para efeitos 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."

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

O art. 3º da LC nº 118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370-MT, de 24 de outubro de 2008.

Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. No tocante a Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que se o STF considerar que a interpretação do STJ contraria o CTN (tese dos 5 + 5), as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam meramente interpretativas.

Assim sendo, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, o art. 4º da LC nº 118/05, não foi retirado do mundo jurídico, não tendo como ser afastado do julgamento administrativo em questão, em aplicação ao que dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

"I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear 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, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

Afora os argumentos acima explanados, o 2º Conselho de Contribuintes tem se posicionado, no sentido de existência de resolução do Senado Federal, que o prazo prescricional inicia-se na data de sua publicação (10/10/95), em face da impossibilidade de apresentação de pedido de restituição anteriormente a esta data.

Entretanto, no presente caso, seja por uma razão ou outra, como o pedido foi apresentado em 28 de outubro de 2002, ocorreu a prescrição em relação aos períodos de setembro/1992 a setembro/1995.

- Análise do período de 01/10/1995 a 31/01/1996

A partir do momento em que o STF, em sede de ADIn, declara inconstitucional a MP nº 1.212-0 e suas sucessivas reedições, aqueles pagamentos tidos como legais, passaram a ser considerados ilegais.

Tendo em vista o efeito erga omnes da Declaração de Inconstitucionalidade, bem como os efeitos *ex tunc* da decisão, surgirá para a contribuinte, a partir da publicação da do acórdão do STF a possibilidade de requerer a repetição do indébito.

O Professor Alberto Xavier¹, ao tratar do assunto, se filia a tal entendimento, ao afirmar que:

"Devemos, no entanto, deixar aqui consignada a nossa opinião favorável à contagem do prazo para pleitear a restituição do indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade, a partir da data dessa declaração. A declaração de inconstitucionalidade é, na verdade, um fator inovador na ordem jurídica, suprimindo desta, por invalidade, uma norma que até então nela vigorava com força de lei. Precisamente, porque gozava de presunção de validade constitucional e tinha, portanto, força de lei, os pagamentos efetuados à sombra de sua vigência foram pagamentos "devidos". O caráter "indevido" dos pagamentos efetuados só foi revelado "a posteriori", com efeitos retroativos, de tal modo que só a partir de então puderam os cidadãos ter conhecimento do fato novo que revelou o seu direito à restituição. A contagem do prazo a partir da data da declaração de inconstitucionalidade é não só corolário do princípio da proteção da confiança na lei fiscal, fundamento do Estado-de-Direito, como consequência implícita, mas necessária, da figura da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988. Não poderia esse prazo ter sido considerado à época da publicação do Código Tributário nacional, quando tal ação, com eficácia "erga omnes" não existia. A legitimidade do novo prazo não pode ser posta em causa, pois sua fonte não é a interpretação extensiva ou analógica de norma infraconstitucional, mas a própria Constituição, posto se tratar de

¹ XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do procedimento e do processo tributário*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 97.

consequência lógica da própria figura da ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, se considerarmos a data da publicação do Acórdão definitivo que julgou procedente a ADIn nº 1417-0, que se deu em 23.03.2001, não há que se falar em prescrição do direito a compensação dos valores pagos à maior pela contribuinte, pois deve ser considerado este o *dies a quo* para contagem do prazo de 5 (cinco) anos para os pedidos de restituição / compensação.

É de bom alvitre ressaltar que, esse Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, já tem posicionamento idêntico ao exposto acima, conforme se observa no aresto abaixo:

Número do Recurso: 133699

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 13826.000393/2002-60

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: RESTITUIÇÃO/COMP PIS

Recorrente: FMC FEREZIN MARTINS COMERCIAL LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

Data da Sessão: 27/02/2007 14:00:00

Relator: José Antonio Francisco

Decisão: ACÓRDÃO 201-80025

Resultado: PPM - DADO PROVIMENTO PARCIAL POR MAIORIA

[...]

Ementa: PIS. RESTITUIÇÃO. NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. TERMO INICIAL.

O termo inicial do prazo para pedido de restituição relativamente à contribuição exigida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional é a data de publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito, que considerou a norma inconstitucional, do ato administrativo que determinou a não aplicação da norma ou da resolução do Senado Federal que suspendeu sua execução, em face de decisão do STF no sistema difuso.

[...]

Recurso provido em parte.

D.O.U. de 14/08/2007, Seção 1, pág. 292

Assim, resta patente o direito da contribuinte a restituição dos valores pagos à maior, com base na semestralidade do PIS, uma vez que o pedido de compensação foi formulado em 28 de outubro de 2004, e a publicação do Acórdão da ADIn nº 1417-0 foi em 23

de março de 2001, razão pela qual se observa que o pedido foi formulado dentro do prazo prescricional.

Todavia, cumpre ressaltar que ao formular o pedido de compensação, a contribuinte, no presente caso, requereu a compensação dos débitos com o valor integralmente pago à título de PIS, o que é inaceitável, uma vez que os valores pagos não são completamente indevidos.

O direito obtido com a publicação do acórdão definitivo da ADIn nº 1417-0, restringe-se tão somente ao pagamento formulado nos termos da MP nº 1.212/1995, de modo que o seu crédito corresponde a diferença do pagamento efetuado nos moldes da MP nº 1.212/95 e o disposto na Lei Complementar nº 7/70.

Adoto como fundamento para julgamento do mérito, parte da declaração de voto, do Conselheiro Ivan Alegretti, proferida nos autos do RV nº 141.005, com o seguinte teor:

".....

A decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou os efeitos retroativos pretendidos pelo art. 18 da Lei nº 9.715/98 não criou uma lacuna, ou uma vacatio legis, na incidência do PIS.

O STF não declarou a inconstitucionalidade da sistemática instituída pela MP nº 1.212/95 (convertida na Lei nº 9.715/98), mas apenas do efeito retroativo por ela pretendido.

A MP nº 1.212 foi publicada em 28/11/95, mas pretendia lançar efeitos a partir de 01/10/95. O STF, no entanto, assegurou que, em respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 7º, da CF), suas disposições apenas passariam a surtir efeito a partir de 1996.

A decisão do STF apenas projetou para a frente o início dos efeitos da MP nº 1.212 (convertida na Lei nº 9.718/98), não havendo qualquer razão em alegar que isto tenha implicado numa lacuna temporal, na qual não haveria qualquer lei surtindo efeito.

Postergado o inicio dos efeitos da Medida Provisória nº 1.212 (ao final convertida na Lei nº 9.715/98), permaneceu surtindo seus regulares efeitos, neste período, a LC nº 7/70.

Ou seja, até o fim da fluência do prazo da anterioridade nonagesimal – momento em que a nova sistemática começaria a surtir seus efeitos –, continuou surtindo seus regulares efeitos a sistemática anterior, prevista na LC nº 7/70.

É neste sentido a reiterada jurisprudência das demais Câmaras deste Segundo Conselho de Contribuintes:

"PIS. MP 1.212/95. ADIN 1.417-0. RESTITUIÇÃO DOS VALORES REFERENTES AOS FATOS GERADORES OCORRIDOS APÓS A VACATIO LEGIS.

O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da sistemática de apuração do PIS instituída pela MP 1.212/95 e posteriores reedições, convertida na Lei nº 9.715/98. Referida sistemática de apuração passou a surtir efeitos noventa dias após a

publicação da MP 1.212/95, ou seja, a partir do período de apuração de março de 1996 até a entrada em vigor da Lei nº 9.715/98.

DECRETOS-LEIS N°S 2.445/88 E 2.449/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 07/70. A declaração de inconstitucionalidade dos Decretos- Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, pelo STF, objeto de Resolução do Senado nº 49/95, importa na aplicação da sistemática prevista na Lei Complementar nº 07/70.

Recurso negado.” (Acórdão nº 204-02.371, Relator Conselheiro Leonardo Siade Manzan, j. 26/04/2007)

“PRAZO DE RECOLHIMENTO. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. VACATIO LEGIS. Inocorre o fenômeno da vacatio legis por conta da declaração da inconstitucionalidade de parte do artigo 18 da Lei nº 9.715/98. Aplicável, nos fatos geradores entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, o prazo afeiçoado à LC nº 7/70 e a partir daí as regras da Lei nº 9.715/98 (MP nº 1.212/95 e reedições).

(...) Recurso negado.” (Acórdão nº 201-79.786, Rel. Conselheiro Walber José da Silva, j. 08/11/2006)

“PIS. PRAZO DE RECOLHIMENTO. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. VACATIO LEGIS. Não ocorre o fenômeno da vacatio legis por conta da declaração da inconstitucionalidade de parte do artigo 18 da Lei nº 9.715/98. Aplicável, nos fatos geradores entre outubro de 1995 e fevereiro de 1996, o prazo afeiçoado à LC nº 7/70 e, a partir daí, as regras da Lei nº 9.715/98 (MP nº 1.212/95 e reedições).

Recurso negado.” (Acórdão nº 201-79.408, Rel. Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, j. 26/06/2006)

A própria Administração Tributária, por meio da Instrução Normativa SRF nº 06/2000, cuidou de esclarecer que a contribuição para o PIS nos períodos de outubro de 1995 a fevereiro de 1996 seria devida com base na Lei Complementar nº 7/70, como forma de observância do prazo nonagesimal das contribuições, e a partir daí o PIS seria exigido com fundamento na MP nº 1.212/95 e suas sucessivas reedições.

Até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, a base de cálculo da contribuição PIS tem de ser apurada da forma como previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, assim entendido o valor nominal do faturamento do sexto mês anterior, sem a aplicação de correção monetária.

Tanto é assim, que este entendimento foi sumulado no enunciado nº 11 deste Segundo Conselho de Contribuintes, que deve ser aplicado ao presente caso:

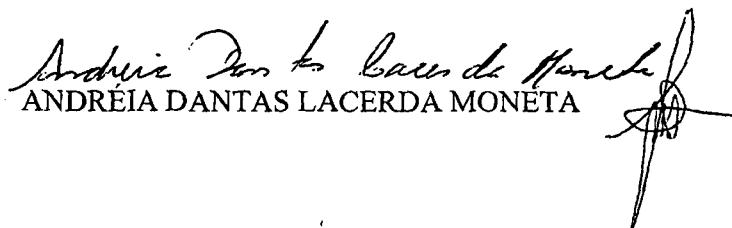
“Súmula nº 11 - A base de cálculo do PIS, prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária.”

Tendo em vista, pois, que a contribuinte recolheu a contribuição para o PIS com fundamento nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Egrégio STF, quando apenas era obrigada a recolher os valores apurados nos termos da Lei

Complementar nº 7/70, tem direito à restituição da diferença que recolheu a maior, no período de 01/10/1995 a 31/01/1996.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito da contribuinte a restituição da diferença dos valores recolhidos e o que seria devido nos termos da Lei Complementar nº 7/70, no período de 01/10/1995 a 31/01/1996, negando provimento ao recurso quanto ao período de setembro de 1992 a setembro de 1995, em virtude da ocorrência da prescrição do direito.

Sala das Sessões, em 10 de fevereiro de 2009.


ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA