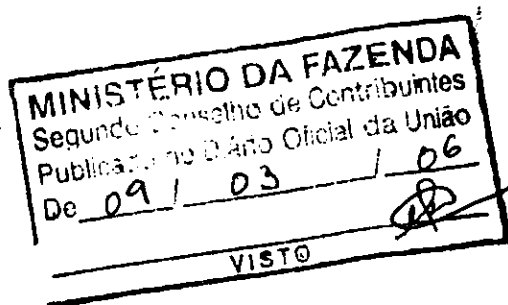




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

Recorrente : BATTISTELLA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A - APABA
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

NORMAS PROCESSUAIS. 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 trânsito em julgado da ação judicial própria que reconheceu a inconstitucionalidade da lei.

PIS. SEMESTRALIDADE.

Na sistemática da LC nº 7/70, a contribuição para o PIS, para as empresas que não efetuem venda de mercadorias é calculada à alíquota de 5% sobre o Imposto de Renda devido, ou como se devido fosse, não se aplicando a estas empresas a chamada semestralidade do PIS.

CRÉDITO.

Tendo sido levantados os depósitos judiciais que originariam o recolhimento à maior do PIS, não há que se falar em indébito a ser restituído.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BATTISTELLA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A – APABA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07/06/2005

Ana Maria Carvalho da Silva
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Jorge Freire, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Raimar da Silva Aguiar, Adriene Maria de Miranda (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda..
Ausente, justificadamente, o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07/06/2005

2º CC-MF
Fl.

Ana Maria ^{Ass}Carvalho da Silva
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

Recorrente : BATTISTELLA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A - APABA

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação, protocolado em 14/09/2000, de créditos oriundos de recolhimento a maior a título da Contribuição para o PIS, relativa aos períodos compreendidos entre julho/88 a novembro/93, em virtude de haver sido reconhecida pelo Judiciário, em ação própria com trânsito em julgado em 21/10/1994, a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

Consta do processo cópia das principais peças, fls. 64/99, que instruíram a Ação Declaratória nº 90.9547-6, proposta pela recorrente, visando a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e inexistência de relação jurídica entre a contribuinte e a Fazenda Nacional que respaldasse a exigência do PIS no citado período.

Foi obtido provimento jurisdicional no sentido de declarar inconstitucionais as referidas normas legais, determinando que os recolhimentos da contribuição para o PIS, nestes períodos, fosse feita com base na LC nº 7/70.

Os depósitos judiciais efetuados no curso da citada ação judicial foram levantados conforme comprovam documentos de fls. 138/139.

A DRF em Curitiba - PR indeferiu o pedido sob o fundamento de que os créditos pretendidos pela contribuinte são inexistentes, uma vez que os depósitos judiciais efetuados foram levantados, não havendo conversão em renda para a União, e que os pagamentos efetuados por meio de DARF (fls. 37/45) foram atingidos pela decadência.

Inconformada a contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa:

1. fundamenta o seu direito creditório nos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo STF e suspensão da execução pelo Senado Federal dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, pelos quais passou a vigor, no que tange à contribuição para o PIS, a LC nº 07/70;
2. fundamenta o seu pleito compensatório na IN SRF nº 21/97, art. 66 da Lei nº 8.383/91 e art. 73 da Lei nº 9.430/96;
3. defende a chamada semestralidade na apuração da base de cálculo da contribuição nos períodos objeto do pleito;
4. utilizou-se na apuração dos seus créditos dos mesmos indexadores oficiais utilizados pelo Fisco.

A DRJ em Curitiba - PR indeferiu a solicitação sob o argumento de que não foram contestados os motivos pelos quais o pleito foi indeferido pela DRF em Curitiba - PR, e que seria incabível a aplicação da semestralidade em virtude das alterações posteriores da LC nº 7/70.

Foi apresentado recurso voluntário, fls. 191/198, argüindo em sua defesa, em síntese:

Ass



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07/10/2005

2º CC-MF
Fl.

ANA
Ana Maria Carvalho da Silva
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

1. protesta pelo equívoco da decisão recorrida ao manifestar-se por não conhecer da manifestação de inconformidade e nos fundamentos enfrentar as questões aduzidas pela recorrente, ressaltando que são matérias diversas da tratada no Judiciário;
2. pugna pela aplicação da decadência considerando a data de publicação da Resolução nº 49/95, do Senado Federal, como vem sendo decidido por este Conselho;
3. tece comentários sobre o instituto da restituição e da compensação;
4. pede que não seja aplicada a prescrição quinquenal no cálculo dos valores a restituir conforme entendimento do Judiciário;
5. pede a aplicação da chamada semestralidade do PIS.

É o relatório.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07/06/2005

2º CC-MF
Fl.

Ana Maria ¹¹¹¹⁶Carvalho da Silva
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Como relatado, trata-se de pedido de restituição e compensação dos valores recolhidos a título de PIS que a reclamante entende haver pago a maior, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. O pleito da contribuinte foi indeferido sob o argumento de que os recolhimentos efetuados por meio de DARF foram atingidos pela decadência e que não há recolhimento a maior, uma vez que os depósitos judiciais efetuados foram levantados pela contribuinte. Decisão esta confirmada pela DRJ em Curitiba - PR.

Primeiramente há de se ressaltar que a DRJ em Curitiba - PR não deixou de conhecer da manifestação de inconformidade apresentada pela recorrente, apenas constatou que os motivos pelos quais a solicitação foi indeferida pela DRF em Curitiba - PR não foram questionados pela contribuinte, tornando-se, pois, inapta a referida manifestação.

A propósito da questão da decadência, peço licença aos meus pares para adotar como razão de decidir os argumentos do Conselheiro José Antonio Minatel, consubstanciado no Acórdão n.º 108-05.791, Sessão de 13/07/99: .

Voltando, agora, para o tema acerca do prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação de valores indevidamente pagos, à falta de disciplina em normas tributárias federais de escalão inferior, tenho como norte o comando inserto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que prevê expressamente:

'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.

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.'

Veja-se que o prazo é sempre de 5 (cinco) anos, sendo certo que a distinção sobre o início da sua contagem está assentada nas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, situações estas elencadas, com caráter exemplificativo e didático, pelos incisos do referido art. 165 do CTN, nos seguintes termos:

'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 parágrafo 4 do art. 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;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

NBY //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07 / 06 / 2005

2º CC-MF
Fl.

NSM
Ana Maria Carvalho da Silva
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

O direito de repetir independe dessa enumeração das diferentes situações que exteriorizam o indébito tributário, uma vez que é irrelevante que o pagamento a maior tenha ocorrido por erro de interpretação da legislação ou por erro na elaboração do documento, posto que qualquer valor pago além do efetivamente devido será sempre indevido, na linha do princípio consagrado em direito que determina que 'todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir', conforme previsão expressa contida no art. 964 do Código Civil.

Longe de tipificar numerus clausus, resta a função meramente didática para as hipóteses ali enumeradas, sendo certo que os incisos I e II do mencionado artigo 165 do CTN voltam-se mais para as constatações de erros consumados em situação fática não litigiosa, tanto que aferidos unilateralmente pela iniciativa do sujeito passivo, enquanto que o inciso III trata de indébito que vem à tona por deliberação de autoridade incumbida de dirimir situação jurídica conflituosa, daí referir-se a 'reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória'.

Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da 'data da extinção do crédito tributário', para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em situação fática não litigiosa, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto da solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir 'da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória' (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de Resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Esse parece ser, a meu juízo, o único critério lógico que permite harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar (CTN). Nessa mesma linha também já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 141.331-0 em que foi relator o Ministro Francisco Resek, em julgado assim ementado:

'Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do depósito compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido' (Apud OSWALDO OTHON DE

NSM



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07/10/2005

2ª CC-MF
Fl.

Ana Maria Carvalho da Silva
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

PONTES SARAIVA FILHO – In 'Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário' – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999).

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que, para a contribuinte, o indébito restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, hipótese em que o pedido de restituição tem assento no inciso III do art. 165 do CTN, contando-se o prazo de prescrição a partir da data do trânsito em julgado da ação que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Ou seja, no caso em concreto, a solução da situação jurídica conflituosa deu-se em 21/10/94 – data em que a sentença judicial transitou em julgado reconhecendo a impertinência da exação tributária anteriormente exigida e, portanto, a partir desta data é que começou a fluir o prazo decadencial para que a contribuinte ingressasse com pedido de repetição do indébito tributário.

Todavia, apenas em 14/09/2000 foi protocolado o pedido de repetição do indébito tributário.

Assim, em razão do acima exposto, não resta dúvida de que o termo inicial para contagem do prazo extintivo do direito de o sujeito passivo requerer a repetição do indébito exteriorizado pela declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/1988 e 2.449/1988 é a data do trânsito em julgado da sentença que lhe reconheceu a inconstitucionalidade das referidas normas legais e a conseqüente impertinência da exação tributária regida por tais normas.

Desta feita, é de se concluir haver ocorrido a perda do direito de a recorrente pleitear a restituição/compensação dos indébitos em questão, pois o respectivo pedido foi protocolado fora do período quinquenal legal para formular tal pretensão. O trânsito em julgado da ação judicial própria deu-se em 21/10/94 e os pedidos de restituição e compensação formulados pela contribuinte foram protocolados em 14/09/2000, ou seja, após transcorridos os cinco anos do trânsito em julgado da ação que reconheceu a impertinência da exação tributária exigida sob a égide de normas declaradas inconstitucionais.

Ademais disto, no presente caso não há para os períodos posteriores a novembro de 1990 recolhimento a maior do PIS, já que os depósitos judiciais efetuados pela recorrente foram levantados, conforme consta às fls. 138 e 140.

No que diz respeito à aplicação da chamada semestralidade do PIS é de se observar, como bem frisou a decisão recorrida que a empresa não é vendedora de mercadorias, já que a atividade por ela desempenhada é a gestão de participações societárias, conforme consta do seu registro no CNPJ e confirmado pela própria recorrente à fl. 100.

A gestão de participações societárias não pode, em absoluto ser classificada como venda de mercadorias, até mesmo porque não há mercadoria a ser vendida, aqui considerada a coisa móvel objeto de mercancia.

Por sua vez, a LC nº 7/70, no § 2º do seu art. 3º, determina que as instituições financeiras, sociedades seguradoras; e outras empresas que não realizam operações de vendas de mercadorias participarão do Programa de Integração Social como uma contribuição ao Fundo de Participação de recursos próprios cujo valor será calculado mediante dedução do Imposto de Renda devido à alíquota de 5%.

134 H



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 07 / 06 / 2005

2º CC-MF
Fl.

ANA MARIA CARVALHO DA SILVA
Matrícula 0104851-1
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.006156/00-17
Recurso nº : 128.626
Acórdão nº : 202-16.168

Não há dúvida de que a LC nº 7/70 no seu art. 3º determina que a contribuição para o PIS será calculada, para as empresas vendedoras de mercadoria, com base no faturamento (art. 3º, alínea "b") e para as empresas que não efetuarem venda de mercadoria, que é o caso da recorrente, sobre o Imposto de Renda devido, a qual seja o chamado PIS-Repique (art. 3º, alínea "a", combinado com o §§ 1º e 2º):

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, 0,5%.

§ 1º A dedução a que se refere a alínea "a" deste artigo será feita sem 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%

§ 2º 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.

Assim sendo, no caso do PIS-Repique não há que se falar em aplicação da semestralidade na apuração da contribuição com base na LC nº 7/70.

Diante do exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA