



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

Recorrente : ARROZELLA ARROZEIRA TURELLA LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. É incabível, por autoridade julgadora da esfera administrativa, a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei, por tratar-se de matéria inserta na competência privativa do Poder Judiciário. **Preliminar rejeitada.**

PIS. PRAZO PRESCRICIONAL. RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO. CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN. O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 05 (cinco) anos, distinguindo-se o início 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 início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia *erga omnes*, pela 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 de exação tributária anteriormente exigida (Acórdão nº 108-05.791, Sessão de 13/07/99). **SEMESTRALIDADE.** Tendo em vista a jurisprudência consolidada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como, no âmbito administrativo, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, impõe-se reconhecer que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ARROZELLA ARROZEIRA TURELLA LTDA.



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Antônio Augusto Borges Torres
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Lina Maria Vieira, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martinez López, Maria Cristina Roza da Costa e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Imp/cf



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

Recorrente : ARROZELLA ARROZEIRA TURELLA LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 116/213) interposto contra Decisão de Primeira Instância (fls. 98/110) que julgou procedente o lançamento que exige o recolhimento da Contribuição para o PIS, no período de fevereiro de 1997 a setembro de 1997, ante a verificação de que a contribuinte efetivou a compensação dos valores devidos no período com indébitos, calculados de forma equivocada em períodos anteriores.

A empresa impugnou a autuação alegando que:

1 – os pagamentos a maior e que serviram como créditos a seu favor, compensáveis com os valores objeto do lançamento de ofício, foram calculados pela diferença entre o pago com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, posteriormente declarados inconstitucionais, e o recálculo nos termos da LC nº 7/70, cuja base de cálculo é o faturamento do sexto mês anterior ao do pagamento; e

2 – a multa de ofício aplicada é inconstitucional, por ser confiscatória e por violar o princípio da proporcionalidade da sanção à infração cometida.

A decisão recorrida manteve o lançamento sob os seguintes argumentos:

1 – a tese da contribuinte, da dilação do aspecto material do fato gerador em seis meses para o PIS, não merece prosperar;

2 – o comando do parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70 refere-se a prazo para pagamento da obrigação tributária; cita leis que alteraram este prazo de pagamento e jurisprudência que consagra a mesma posição; e

3 – no que tange à multa de ofício, foi ela aplicada em virtude da Lei nº 9.430/96, art. 44, I, não podendo o órgão administrativo negar aplicação a uma lei, por lhe parecer inconstitucional.

Inconformada a empresa apresenta recurso voluntário para alegar que:

1 – a autoridade administrativa deve apreciar alegação de inconstitucionalidade da legislação atacada;

2 – o prazo para recuperação de indébitos relativos a tributos lançados por homologação é de dez anos;

3 – a LC nº 7/70 elegeu como base de cálculo da Contribuição para o PIS o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador; e

4 – a cobrança da multa de ofício fere os limites constitucionais, tendo fins confiscatórios.

A recorrente, às fls. 119/120, apresenta bens de seu ativo fixo a fim de que sejam arrolados e possa o recurso voluntário ter seguimento.



Processo nº : 11080.004361/00-36

Recurso nº : 118.991

Acórdão nº : 203-08.262

À fl. 215 a DRJ em Porto Alegre – RS considera não atendido o disposto no art. 2º, item III, do Decreto nº 3.717/2001.

À fl. 215, verso, a SESAR da DRF em Porto Alegre – RS considera atendida a exigência de arrolamento e encaminha o processo para este Conselho de Contribuintes.

É o relatório.



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTÔNIO AUGUSTO BORGES TORRES

O recurso é tempestivo e, tendo atendido aos demais pressupostos processuais para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Inteira razão tem a decisão monocrática que considerou não poder a autoridade administrativa se manifestar quando alegação de inconstitucionalidade é levantada.

Realmente a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, "a", determina que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal e processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei e ato normativo federal e estadual.

Por outro lado, o art. 2º da CF/88 estabelece o princípio da separação e independência dos poderes, não podendo o Poder Executivo avocar matéria de competência privativa do Poder Judiciário, como decidir acerca de inconstitucionalidade de norma legal.

Desta forma, o Conselho de Contribuintes e a Secretaria da Receita Federal, como órgãos integrantes do Poder Executivo, não são competentes para apreciar alegação de inconstitucionalidade de norma legal.

Preliminar que se rejeita.

No que tange ao prazo para solicitar a compensação e à base de cálculo do PIS, esta Câmara tem posição firmada, como se pode ver do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Renato Scalco Isquierdo no Recurso nº 114.244, que transcrevo:

"Com relação às questões de mérito, impõe-se o exame da decadência primeiramente por ser prejudicial às demais matérias. A autoridade julgadora de primeira instância considerou que o direito à compensação já teria decaído ao tempo do pedido formulado, já que os artigos 168 e 165 do CTN fixam como prazo decadencial cinco anos contados do pagamento do indébito.

Dessa forma, somente a partir da edição da referida Resolução do Senado Federal nº 49 95, em 10/10/95, é que restou indevidas, para todos, as alterações introduzidas pela legislação declarada inconstitucional, oportunidade em que impôs-se à Administração Tributária, ex vi legis, a observância das regras originalmente instituídas.

A jurisprudência emanada dos Conselhos de Contribuintes caminha nessa direção, conforme se pode verificar, por exemplo, do julgado cujos excertos, com a devida vênia, passo a transcrever, constantes do Acórdão nº 108-05.791, Sessão de 13/07/99, da lavra do i. Conselheiro José Antonio Minatel, que adoto como razões de decidir, quanto a este item:



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

EMENTA

'RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – CONTAGEM DO PRAZO DE 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 início 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 início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela 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 de exação tributária anteriormente exigida.'

VOTO

'[...]'

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 4º 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;



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

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;

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*



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

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 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, no presente caso, 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 ato legal que estabeleceu a impertinência da exação tributária nos moldes anteriormente exigida. O pedido formulado, portanto, é tempestivo já que somente se expiraria em 10/10/2000.

Igualmente assiste razão à recorrente em relação à forma de apuração dos valores do PIS. A jurisprudência administrativa e judicial é pacífica, no presente momento, sobre a apuração semestral desta contribuição. A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme relatado no Boletim Informativo nº 99 daquele Tribunal Superior, é a que segue:

'(...) a Seção, por maioria, negou provimento ao recurso da Fazenda Nacional, decidindo que a base de cálculo do PIS, desde sua criação pelo art. 6º, parágrafo único, da LC nº 7/70, permaneceu inalterada até a edição da MP nº 1.212/95, que manteve a característica da semestralidade. A partir dessa MP, a base de cálculo passou a ser considerada o faturamento do mês anterior. Na vigência da citada LC, a base de cálculo, tomada no mês que antecede o semestre, não sofre correção monetária no período, de modo a ter-se o faturamento do mês do semestre anterior sem correção monetária.' REsp 144.708-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 29/5/2001.

Por se tratar de jurisprudência da Seção do STJ, a quem cabe o julgamento em última instância de matérias como a presente, e tendo em vista, ainda, a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em suas primeira e segunda Turmas, todas no sentido de reconhecer a apuração semestral da base de cálculo do PIS, sem correção monetária, no período compreendido entre a data do faturamento e da ocorrência do fato gerador, e com o resguardo da minha posição sobre o tema, reconheço que o assunto está superado no sentido de ser procedente a tese defendida pela recorrente."



Processo nº : 11080.004361/00-36
Recurso nº : 118.991
Acórdão nº : 203-08.262

Quanto ao item do recurso que considera que a aplicação da multa fere os princípios constitucionais, não pode a autoridade administrativa sobre ele se pronunciar, conforme já explanado quando enfrentamos a preliminar.

Por todos os motivos expostos, voto no sentido de rejeitar a preliminar levantada e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer o prazo para solicitar a compensação e a base de cálculo do PIS.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002

ANTÔNIO AUGUSTO BORGES TORRES