Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 19 / 08 / 05
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.013139/99-73
Recurso nº : 124.801
Acórdão nº : 201-78.077

Recorrente : FUHR E LORENZ SUA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS. ILL. COMPENSAÇÃO. COMPETÊNCIA.

Tratando-se de compensação de débitos de PIS com créditos do ILL, deve-se declinar da competência para o 1º Conselho de Contribuintes para analisar a matéria.

PRESCRIÇÃO.

O prazo para pedir repetição de indébito deve começar da data em que tal indébito foi reconhecido. No caso do PIS, que foi pago com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, conta-se os cinco anos da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, em 10/10/1995.

PIS. SEMESTRALIDADE.

A base de cálculo do PIS, até fevereiro de 1996, deve ser o faturamento do sexto mês anterior. Precedentes no STJ.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FUHR E LORENZ SUA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em dar provimento ao recurso,** nos termos do voto da Relatora; **e II) em declinar competência para julgamento em favor do Primeiro Conselheiro de Contribuintes, quanto ao ILL.**

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 03 / 02 / 2005
VISTO

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Antonio Carlos Atulim, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.

Processo nº : 11080.013139/99-73
Recurso nº : 124.801
Acórdão nº : 201-78.077

Recorrente : FUHR E LORENZ SUA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

Fuhr e Lorenz Sua Atacadista de Alimentos Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 284/294, contra o Acórdão nº 2.328, de 17/4/2003, prolatado pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS, fls. 274/281, que indeferiu o pedido de ressarcimento cumulado com compensação de fls. 1/2, protocolizado em 10/8/1999, em que foi solicitada a compensação de créditos do ILL relativos ao período de 1989 a 1991 com débitos de PIS, bem assim a compensação de créditos de PIS do período de janeiro de 1989 a junho de 1994 com débitos do PIS e da Cofins.

Às fls. 205/208 a recorrente justifica seu pedido, no tocante aos créditos do PIS, alegando a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, com a conseqüente aplicação da semestralidade da base de cálculo calculada com base na LC nº 7/70 e, no que diz respeito ao ILL, a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88, suspenso pela Resolução do Senado Federal nº 82/96.

De acordo com o Parecer DRF/POA/SESIT nº 443/2001, fls. 243/252, aprovado pelo Despacho Decisório de fl. 253, a solicitação foi indeferida porque entendeu-se que o art. 6º da LC nº 7/70 foi revogado e, no tocante ao IRRF, que restou caracterizada a distribuição de lucros aos sócios, sendo devido o Imposto de Renda na fonte sobre o lucro líquido.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra tal decisão, conforme manifestação de inconformidade às fls. 256/263.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS também indeferiu a solicitação, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

> *"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*
>
> *Período de apuração: 01/01/1989 a 30/06/1994*
>
> *Ementa: SOLICITAÇÃO DE RESTITUIÇÃO – DECADÊNCIA – Nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional e da IN SRF nº 96, de 26/11/1999, o prazo para solicitar restituição é de 5 (cinco) anos da extinção da exigência do tributo pelo pagamento.*
>
> *PIS – PRAZO DE VENCIMENTO – O art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 07/09/1970, se aplica a prazo de vencimento. As decisões judiciais e administrativas somente se aplicam às partes em litígio, não beneficiando, nem prejudicando a terceiros, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil.*
>
> *RESTITUIÇÃO – COMPROVAÇÃO – Para solicitar a restituição ou compensação, é necessário que o contribuinte prove a liquidez e certeza do seu crédito tributário, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional e do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.*
>
> *Solicitação Indeferida".*

Ciente da decisão de primeira instância em 2/6/2003, fl. 283, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 17/7/2001, onde, em síntese, argumenta:

1) que não ocorreu a decadência do seu direito porque a contagem deveria se iniciar, no caso do PIS, da data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, em 9/10/1995, e, no caso do ILL, da Resolução do Senado Federal nº 82, de 19/11/96;

2) a semestralidade da base de cálculo do PIS; e

3) que o pagamento do ILL foi indevido, pelas razões constantes às fls. 291/294.

Por fim, pede pela reforma da decisão atacada, julgando-se procedente o recurso interposto, culminando com o deferimento do pedido de restituição/compensação em relação aos pagamentos do PIS e do ILL.

É o relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Inicialmente cumpre esclarecer que não compete a este Colegiado apreciar matéria relativa ao Imposto de Renda sobre o lucro líquido, de forma que, relativamente aos créditos desse tributo, que a recorrente pretende compensar com débitos do PIS, deve-se declinar da competência para o 1º Conselho de Contribuintes, pois a análise recai sobre o órgão competente para analisar o crédito.

No que diz respeito à preliminar de decadência, que entendo ser prescrição, verifico que a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS indeferiu o pedido em razão do disposto no Ato Declaratório SRF nº 96/99, do qual ouso discordar para comungar com o raciocínio exposto no Parecer Cosit nº 58/98, cujo trecho referente ao assunto transcrevo abaixo:

> *"24. Há de se concordar, portanto, com o mestre Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., Forense, Rio, 1993, p. 570), que entende que o prazo de que trata o art. 168 do CTN é de decadência.*
>
> *25. Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável; que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes de a lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, eram a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos.*
>
> *26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos erga omnes, que, conforme já foi dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição de ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º).*
>
> *26.1 Quanto à declaração de inconstitucionalidade de lei por meio de ADIn, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data do trânsito em julgado da decisão do STF."*

Portanto, de acordo com o supracitado Parecer, o termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial de cinco anos, *in casu*, seria a data da publicação da Resolução do Senado Federal, qual seja, para o PIS, 10/10/1995.

E o entendimento correto, ao meu sentir, não poderia ser outro, porque o pagamento só se torna indevido quando a lei deixa de existir. Como poderia o contribuinte pleitear a restituição/compensação sobre valores que até então eram considerados devidos?

Por oportuno, destaco jurisprudência do STJ neste sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TAXA DE LICENCIAMENTO DE IMPORTAÇÃO. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto pela parte agravante, por entender caracterizada a prescrição do direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos da taxa ou emolumento para licenciamento da importação de que trata o art. 10, da Lei nº 2.145/53, com redação dada pelas Leis nºs 7.690/88 e 8.387/91.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (REsp nº 69233/RN, Rel. Min. César Ásfor; REsp nº 68292-4/SC, Rel. Min. Pádua Ribeiro; REsp nº 75006/PR, Rel. Min. Pádua Ribeiro).

3. A decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, proferida no RE nº 167922-1, que declarou inconstitucional a referida cobrança, foi publicada no DJU de 10/02/1995. Perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para se efetivar a prescrição, seu término se deu em 09/07/2000. In casu, a pretensão da parte autora encontra-se atingida pela prescrição, pois a ação só foi ajuizada em 15/12/2000 (fl. 02).

4. Não mais se aplica o entendimento de que o prazo prescricional começa a fluir com a publicação da respectiva Resolução do Senado Federal.

5. Agravo regimental não provido". (AGREsp nº 419.207/SC, DJ de 01/07/2002, pg. 258, Rel. Min. José Delgado – 1ª Turma). (Grifei)

"TRIBUTÁRIO – EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE VEÍCULOS – DECRETO-LEI 2.288/86 – RESTITUIÇÃO – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA - PRECEDENTES.

- A iterativa jurisprudência desta Corte consagrou entendimento no sentido de que o prazo prescricional quinquenal das ações de repetição do indébito tributário inicia-se com a publicação da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da exação (11.10.90).

- Ajuizada a presente ação apenas em 22.07.96, impõe-se declarar a prescrição.

- Recurso especial conhecido e provido". (REsp nº 289.204/MG, DJ de 19/05/2003, pg. 163, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – 2ª Turma)." (Grifei.)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS. DECRETOS-LEIS 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 term oa 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-Leis nºs 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." (AGREsp nº 449.016/PR, DJ de 09/06/2003, pg. 218, Rel. Min. João Otávio Noronha – 2ª Turma)." (Grifei.)

Assim, como o Pedido de Restituição/Compensação foi formulado em agosto de 1999, não há que se falar em prescrição do pedido.

Quanto à semestralidade da base de cálculo do PIS no período em questão, entendo que esta deve ser reconhecida, ao teor do parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, *verbis*:

"Parágrafo único - A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente."

É verdade que para muitos prevalece o entendimento de que este artigo fora revogado pela Lei nº 7.691/88, como aduz o Parecer PGFN/CAT nº 437/98.

Entretanto, analisando a referida lei, temos:

"Art. 1º Em relação aos fatos geradores que vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1989, far-se-á a conversão em quantidade de Obrigações do Tesouro Nacional - OTNs, do valor:

(...)

III - das contribuições para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, no terceiro dia do mês subseqüente ao do fato gerador.

(...)

Art. 3º Ficará sujeito exclusivamente à correção monetária, na forma do art. 1º, o recolhimento que vier a ser efetuado nos seguintes prazos:

(...)

III - contribuições para:

(...)

b) o PIS e o PASEP - até o dia dez do terceiro mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, exceção feita às modalidades especiais (Decreto-Lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, arts. 7º e 8º), cujo prazo será o dia quinze do mês subseqüente ao de ocorrência do fato gerador."

É de se verificar que em momento algum esta lei, como também as Leis nºs 7.799/89, 8.019/90, 8.218/91, 8.383/91, 8.850/94, 9.065/95, trata da base de cálculo da contribuição em comento, mas tão-somente de prazos de recolhimento, conversões e atualizações monetárias.

Ademais, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º:

"Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior." (grifei)

Logo, não vislumbrando na Lei nº 7.691, de 1988, bem assim em qualquer legislação superveniente, até a MP nº 1.212/95, quaisquer das situações grifadas acima, ouso discordar da douta Procuradoria.

Outrossim, a matéria já foi deveras debatida, inclusive no âmbito do STJ, de onde destaco as seguintes ementas:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL - SÚMULA 356/STF - PIS - SEMESTRALIDADE - FATO GERADOR - BASE DE CÁLCULO - CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Não cabe ao STJ, a pretexto de violação ao art. 535 do CPC, examinar omissão em torno de dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência da Suprema Corte na análise do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários. Mudança de entendimento da Relatora em face da orientação traçada no EREsp162.765/PR.

2. O PIS semestral, estabelecido na LC 07/70, diferentemente do PIS/REPIQUE - art. 3º, letra 'a' da mesma lei - tem como fato gerador o faturamento mensal.

3. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador - art. 6º, parágrafo único da LC 07/70.

4. A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

5. Corrigir-se a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

6. Recurso especial improvido." (REsp. nº 488.954/RS, DJ de 30/06/2003, pg. 225, Min. Rel. Eliana Calmon).

"RECURSO ESPECIAL – TRIBUTÁRIO – PIS – BASE DE CÁLCULO – SEMESTRALIDADE – LC Nº 07/70 – CORREÇÃO MONETÁRIA – INAPLICABILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – QUANTUM *– SÚMULA 07/STJ.*

A 1ª Turma desta eg. Corte, no Recurso Especial n. 240.938/RS, publ.no DJ de 10/05/2000, reconheceu que no regime da LC 07/70, no faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador do PIS constitui a base de cálculo da incidência. Precedentes.

Ressalvado o ponto de vista do relator, esta eg. Corte entende que corrigir a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

A via estreita do especial não é própria para se cogitar acerca dos valores da verba honorária advocatícia, porquanto, nos termos do enunciado Sumular 07 desta Corte, é vedado o reexame das questões de ordem fático-probatórias.

Recurso especial conhecido, mas parcialmente provido." (REsp nº 380.526/PR, DJ de 0/06/2003, pg. 183, Min. Rel. Francisco Peçanha Martins).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA MERITAL (PIS - SEMESTRALIDADE - INTERPRETAÇÃO DO ART. 6°, DA LC 07/70 - CORREÇÃO MONETÁRIA – LEI 7.691/88). DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES DO ART. 535, DO CPC. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide.

2. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial n° 240938/RS (DJU de 10/05/2000), reconheceu que, sob o regime da LC n° 07/70, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador do PIS constitui a base de cálculo da incidência.

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n° 144708/RS, Relª Minª Ministra Eliana Calmon, consolidou entendimento de que o art. 6°, parágrafo único, da LC n° 07/70, trata da base de cálculo do PIS, não incidindo correção monetária sobre a mesma em face da (...).

(...)

9. Embargos rejeitados. " (EDREsp nº 362.014/SC, DJ de 23/09/2002, pg. 236, Min. Rel. José Delgado).

Em face do exposto, assiste razão à recorrente, quanto ao pleito de que a base de cálculo a ser observada deve ser aquela estabelecida no parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, sem correção monetária como ela mesma observou, devendo o PIS ser calculado mediante utilização da alíquota fixada pela Lei Complementar nº 17/73, observando-se, ainda, que o vencimento da contribuição rege-se pelos prazos estabelecidos na legislação vigente à época: Lei nº 8.850, de 1994, e Medida Provisória nº 812, de 1994, convalidada pela Lei nº 8.981, de 1995.

Todavia, em razão de não ter havido qualquer verificação por parte da unidade de origem no tocante à liquidez e certeza de tais créditos, deve ficar assegurado à Secretaria da Receita Federal a averiguação nesse sentido.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário, resguardado o direito da SRF no tocante à conferência quanto à certeza e liquidez de tais créditos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004.

ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO