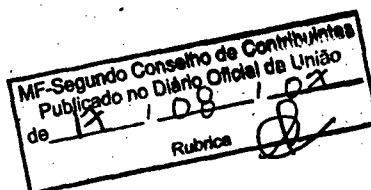




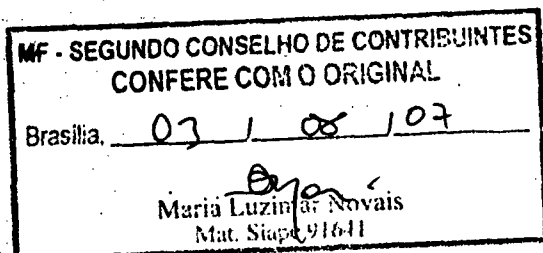
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão n : 204-02.095



Recorrente : DOW BRASIL NORDESTE LTDA. (Incorporada por Dow Brasil S/A)
Recorrida : DRJ em Salvador - BA



NORMAS PROCESSUAIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. O *dies a quo* para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DOW BRASIL NORDESTE LTDA. (Incorporada por Dow Brasil S/A).

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Leonardo Siade Manzan, Rodrigo Bernardes de Carvalho (Relator) e Flávio de Sá Munhoz. Designada a Conselheira Nayra Bastos Manatta para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2006.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Júlio César Alves Ramos.
Ausente o Conselheiro Mauro Wasilewski (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	03 / 08 / 03
Maria Luzima Novais Mat. SIAPE 11641	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão nº : 204-02.095

Recorrente : DOW BRASIL NORDESTE LTDA. (Incorporada por Dow Brasil S/A)

RELATÓRIO :

Com vistas a uma apresentação sistemática e abrangente deste feito sirvo-me do relatório contido na decisão recorrida (fls. 223/233):

Trata-se o processo de Manifestação de Inconformidade de fls. 195/212, contra o Parecer SAORT nº 063/2005 e Despacho Decisório DRF/CCI/SAORT nº 063/2005 da DRF/Camaçari (fls. 182/192), que indeferiu o pedido de restituição de créditos, com fulcro na discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, relativos a recolhimentos da Contribuição para o PIS/PASEP, realizados a maior entre março de 1999 e janeiro de 2000, no montante de R\$16.315,95 e sem aplicação ao caso das disposições contidas no art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

Consta no Parecer denegatório que o pedido de restituição não utilizou o Programa Pedido Eletrônico de Ressarcimento ou Restituição e Declaração de Compensação (PER/DCOMP) tendo em vista a impossibilidade de solicitação de indébito, cuja origem se reporta a recolhimentos efetuados há mais de cinco anos do pedido.

Quanto ao mérito, fundamenta o indeferimento ante a decadência do direito de o contribuinte pleitear a repetição de eventual indébito apurado, relativamente a recolhimentos efetuados anteriormente a 07/06/2000, em conformidade com o art. 165 e 168 do Código Tributário Nacional – CTN, Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 18/10/1999, item 14, e também o § 4º do art. 150 do CTN, Parecer PGFN/CAT nº 408/2001, item 20, transcrevendo ainda o voto do Ministro Cordeiro Guerra no julgamento do Agravo nº 69.363/SP, de 19/04/1977. Quanto à caracterização do alegado pagamento a maior alega seu descabimento tendo em vista que esta se consubstancia em discussão judicial em andamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 346.084-6/PR, na qual se discute a constitucionalidade das alterações contidas na Lei nº 9.718, de 1998, das contribuições para o PIS e a Cofins, da qual a peticionária não figura como parte interessada na lide.

Cientificada do Parecer à fl. 194, a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade às fls. 195/212, argumentando que:

O pedido foi protocolizado em 07/06/2005 e está compreendido entre o lapso temporal de 10 anos anteriormente à data do pedido, não tendo operado a decadência em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em face de correta interpretação dos artigos 165, I; 168, I; 150, § 1º e § 4º e 156, VII todos do Código Tributário Nacional – CTN, que transcreve;

Cabe ao requerente apurar o montante do tributo devido, antecipar o pagamento e aguardar que o Fisco homologue no prazo de cinco anos e se expirado este prazo sem homologação é que se considera extinto o crédito tributário, quando então começa a fluir o prazo previsto no art. 168, I do CTN, garantindo ao contribuinte mais cinco anos após a homologação e a possibilidade de exercer o direito de restituição, o que redundará em 10 anos;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão nº : 204-02.095

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03 / 08 / 07

Maria Luzimar Novais
Mat. Sique 91641

2º CC-MF
Fl.

Corrobora este entendimento, doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a de que o prazo decadencial só se inicia quando decorridos 05 anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio a contar-se da homologação tácita do lançamento, que transcreve;

O auditor ao citar o Ato Declaratório SRF nº 096, de 1999, equivocou-se, pois este deixa claro o entendimento que ora expressa, pois é com a extinção do crédito tributário que se inicia a contagem do prazo decadencial, citada pelo ato declaratório como a prevista no art.168, I, pois ao teor do art.150, §1º, o prazo à homologação é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, expirado este prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, enquanto o inciso VII do art.156 do CTN dispõe que o crédito tributário se extingue com o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art.150 e seus §§. 1º e 4º, quando então se inicia a contagem do AD nº 96/99 (grifou);

Somando-se 10 anos a data em que o tributo foi pago, em 1999, homologado em 2004 tacitamente, pode este ser pleiteado em 2005, quando em pleno direito de restituição proporcionado pelo art.168, I do CTN;

Quanto ao disposto na Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, que interpreta que a extinção do crédito tributário se dá com o pagamento mesmo nos casos de lançamento por homologação, e ainda o art.106 do CTN, verifica-se que a legislação não necessita de lei interpretativa, pois se mostra cristalino que o art.3º da lei complementar veio inovar a interpretação de dispositivos legais já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que ofende o princípio constitucional da autonomia, da independência dos poderes (art.2º da CF). Transcreve julgados;

Além disso, ressalta-se que o art.3º da Lei Complementar 118/05 é ato legislativo modificativo em relação à legislação pré-existente e não interpretativa, pois dispõe que a extinção do crédito tributário ocorre no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado, enquanto a lei anterior diz que é o pagamento antecipado e a homologação (art.156, VII do CTN) que extingue crédito tributário, modificando o art.156, VII do CTN, motivo pelo qual os efeitos do art.3º não podem retroagir seus efeitos anteriormente a sua entrada em vigor, pois somente as leis interpretativas o podem fazer nos termos do artigo 106, I do CTN;

As disposições emanadas da Lei nº 9.718/98 contrariam princípios constitucionais tributários dispensados às contribuições para o PIS e a Cofins, no sentido de que ampliou o conceito de faturamento, para incluir a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo constitucionalmente possível esta incidência sobre a receita bruta, posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 20, no dia 15/12/1998, publicada no DOU de 16/12/1998;

Por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/610-DF, na linha do voto do Relator Ministro Moreira Alves, o faturamento, compatível com o art.195, I da CF/88, teve sua conceituação definida para efeitos fiscais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.103-1 Plenário do STF, relator Ministro Correa, J.18/12/96 – DJ 25/04/97), e considerá-lo, pelo legislador ordinário, de forma diversa do adotado pelo direito privado, é admitir a inexistência do princípio da segurança jurídica, não podendo esse legislador conceituá-lo de formas diversas para fins tributários, como determina o art.110 do CTN;

A alteração na EC nº 20/98 tem o condão de deixar consignada a inconstitucionalidade do art.3º, da Lei nº 9.718/98, ao contrário de saná-la frente ao art.195, inciso da CF/88,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03 / 08 / 02

Maria Luzimar Novais
Mat. Sipe 91641

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão n : 204-02.095

vigente à época de sua promulgação e somente a lei editada após a Emenda Constitucional nº20 poderia alterar a forma de exigência das contribuições, tendo o STF já decidido que "o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração";

Transcreve jurisprudência e doutrina que entende corroborar o seu pedido;

Requer que a Manifestação de Inconformidade seja reconhecida a restituição dos valores recolhidos..

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Salvador – BA que indeferiu a solicitação de que trata este processo, fê-lo mediante a prolação do Acórdão DRJ/SDR Nº 09.814, de 17 de março de 2006, traçado nos termos seguintes:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Data do fato gerador: 07/06/2005

Ementa: PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TERMO INICIAL

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha 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, contado da data da extinção do crédito tributário.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, não se podendo decidir, em âmbito administrativo, pela ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Solicitação Indeferida

Irresignada com a decisão retro, a recorrente lançou mão do presente recurso voluntário (fls. 239/258) oportunidade em que reiterou os argumentos expendidos por ocasião de sua impugnação.

É o relatório.

ABL



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão n : 204-02.095

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	03 / 08 / 07
Maria Luzimar Novais Mat. Sinape 91641	

2º CC-MF
Fl.

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO RELATOR
RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

O Recurso preenche aos requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Afirma a interessada que pagou a maior a Contribuição para o PIS nos períodos compreendidos entre março de 1999 e janeiro de 2000, por força do disposto no art. 3º da Lei 9.718/98 que alargou a base de cálculo fazendo-a incidir sobre o faturamento, o qual corresponderia à receita bruta da pessoa jurídica.

Assim, pugna pela restituição da contribuição recolhida nos termos introduzidos pelo §1º do art. 3º da Lei 9.718/98, e enquanto perduraram seus efeitos.

Preliminarmente, surge a discussão sobre o prazo de decadência aplicável às hipóteses de pagamento indevido de tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o acórdão recorrido, se houvesse direito à repetição, o prazo de cinco anos seria contado da data de extinção do crédito tributário, qual seja, o pagamento antecipado do tributo.

Todavia, sob minha ótica, se houver declaração de inconstitucionalidade de lei, a sua publicação deve ser considerada o marco inicial para contagem do prazo de decadência.

Nesta linha, já havia se pronunciado o próprio Supremo Tribunal Federal (RE nº 141.331-0):

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).

Com efeito, neste pleito não se operou a decadência haja vista a recentíssima publicação (01 de setembro de 2006) do acórdão que pode vir a embasar o direito da interessada.

Afastada a decadência, passo ao exame do mérito do recurso, qual seja a aplicação da referida decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou através de composição **Plenária**, por ocasião do julgamento dos RREE nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 ao concluir que na base de cálculo não podem ser inseridas outras receitas além daquelas provenientes do seu faturamento, assim considerado a “receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”.

Confira-se, a propósito, a ementa:

(...)

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO §1 DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão n : 204-02.095

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília:	03 / 08 / 07
	
Maria Luzimar Novais Mat. SIAPE 11641	

2º CC-MF
Fl.

bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (Re 357.950; Rel. Min. Marco Aurélio)

Ora, como se sabe, ainda que esta decisão não tenha efeito vinculante, por enquanto, firma uma orientação a ser observada pelos tribunais judiciais e administrativos, com o fito de evitar julgamentos diferentes, embora em situações idênticas. Assim, decisões conflitantes sobre um mesmo assunto poderiam gerar um clima de incerteza e insegurança jurídica, comprometendo a confiança da sociedade no Estado.

Com efeito, sob minha visão, não resta outra alternativa a este Colegiado que não a de seguir a orientação do Supremo.

Ademais, segundo estabelece o artigo 1º do Decreto nº 2.346/97, a interpretação do texto constitucional pelo STF, fixada de forma inequívoca e definitiva, deve ser aplicada pela Administração, *in verbis*:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto."

Forte no exposto, o próprio Conselho de Contribuintes, em alguns julgados têm dado aplicação imediata ao entedimento manifestado pelo Supremo. Confira-se a propósito a ementa do voto da lavra do Ilustre Conselheiro da Quinta Câmara do Primeiro Conselho Eduardo da Rocha Schmidt:

PIS E COFINS - TRIBUTAÇÃO DE RECEITAS FINANCEIRAS - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9.718/98 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM COMPOSIÇÃO PLENÁRIA, NO JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS - APLICAÇÃO DO ART. 1º, DECRETO 2.346/97- A Lei n. 9.718/98, ao determinar a tributação de receitas não incluídas no conceito de faturamento, como as receitas financeiras, pelo PIS e pela COFINS, contrariou o art. 195, I, da CF/88, que, à época, autorizava a incidência das contribuições apenas sobre o faturamento. Irrelevância da Emenda Constitucional n. 20/1998. Lei inconstitucional é lei absolutamente nula, e nulidade absoluta é vício insanável, não passível de convalidação. Tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, no julgamento dos RE 390.840/MG e 346.084/PR, de observância obrigatória pelos órgãos do Executivo, a teor do disposto no art. 1º do Decreto 2.346/97.

Recurso parcialmente provido. (Rec: 143513; Acórdão 105-15452)

Assim, é de rigor o provimento parcial do presente recurso para se restituir à contribuinte o tributo pago indevidamente que adotou base de cálculo declarada inconstitucional pelo Plenário do STF.

No que concerne à atualização do indébito, entendo que até 31/12/1995, a correção monetária do crédito tributário deve observar os índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, que correspondem àqueles previstos nas normas legais da espécie, bem como aos admitidos pela Administração, com base nos pressupostos do Parecer AGU nº 01/96, para os períodos anteriores à vigência da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão nº : 204-02.095

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	07 / 08 / 07
	
Maria Luzimar Novais M.E. SIAPE 11641	

2º CC-MF
Fl.

Lei nº 8.383/91. A partir de 01/01/1996, tem-se a incidência da Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, sobre o crédito, por aplicação do artigo 39, §4º, da Lei nº 9.250/95.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2006.


RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília:	07 / 08 / 09
Maria Luzimar Novais Mat. Sape 11641	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão nº : 204-02.095

VOTO DA CONSELHEIRA-DESIGNADA NAYRA BASTOS MANATTA

A questão a ser enfrentada neste voto diz respeito à prescrição do direito de a contribuinte pleitear repetição de indébito tributário.

O direito a repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no artigo 165 do Código Tributário Nacional - CTN. Todavia, como todo e qualquer direito esse também tem prazo para ser exercido, *in casu*, 05 anos contados nos termos do artigo 168 do CTN, da seguinte forma:

I. da data de extinção do crédito tributário nas hipóteses:

- a) de 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;
- b) de 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;

II. 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 nas hipóteses:

- a) de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Como visto, a hipótese em questão enquadra-se justamente naquela constante do inciso I alínea "a" acima enumerado – pagamento espontâneo maior que o devido em face da legislação tributária aplicável. Com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo artigo 3º deu interpretação autêntica ao artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional, estabelecendo que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º da Lei nº 5.172/1966, o único entendimento possível é o trazido na novel Lei Complementar.

Esclareça-se, por oportuno, que em se tratando de norma expressamente interpretativa, deve ser obrigatoriamente aplicada aos casos não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN.

Assim sendo, no caso em análise, quanto o pedido de repetição do indébito foi formulado (07/06/05) o direito de a contribuinte formular tal pleito relativo aos pagamentos efetuados já se encontrava prescrito por haver transcorrido mais de cinco anos da data do pagamento.

Vale ressaltar que neste caso, diferentemente do entendimento do Conselheiro relator, entendo que não se trata de hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei, uma vez que a decisão proferida pelo STF no que diz respeito à inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo da contribuição foi proferida no controle incidental da constitucionalidade da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13502.000423/2005-33
Recurso nº : 136.049
Acórdão nº : 204-02.095

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, <u>07</u> / <u>08</u> / <u>07</u>	
Maria Luzimar Novais Mat. SIAPE 21641	

2º CC-MF
Fl. _____

norma não tendo sido objeto de Resolução do Senado Federal e, por consequência, não podendo ser estendida aos demais contribuintes, razão pela qual entendo ser incabível a contagem do prazo prescricional a partir da data da publicação da citada decisão do STF (01 de setembro de 2006).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto.
Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2006.

NAYRA BASTOS MANATTA