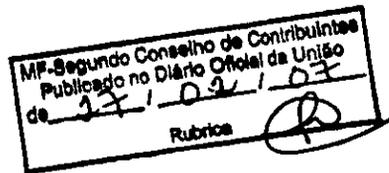




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751



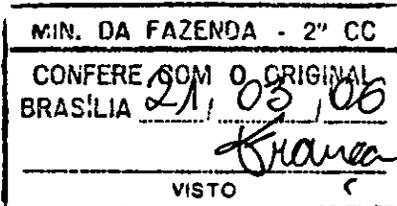
Recorrente : TOTAL - TEÓFILO OTONI AUTOMOVEIS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

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.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

BASE DE CÁLCULO. A partir de março de 1996, a contribuição para o PIS será calculada com base no faturamento mensal, e a alíquota incidente será de 0,65%, nos termos da Medida Provisória nº 1212/1995 e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715/1998.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TOTAL - TEÓFILO OTONI AUTOMÓVEIS LTDA.

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

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2005.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 21/03/06
VISTO

2º CC-MF Fl.

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751

Recorrente : TOTAL- TEOFILO OTONI AUTOMOVEIS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, dos períodos de apuração compreendidos entre março/96 a fevereiro/99, por entender, a contribuinte, que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, do art. 15 da MP nº 1.212/1995 e reedições (art. 18 da lei de conversão da MP nº 9.715/1998), criou um vácuo legal, tornando inexistente o fato gerador entre outubro/95 a fevereiro/99.

A DRF em Governador Valadares - MG indeferiu o pedido sob o argumento de que não cabe à Administração análise de ADIN.

Inconformada a contribuinte apresenta manifestação de inconformidade argüindo em sua defesa:

1. é indevido o pagamento do PIS no período em questão, fundamentada na MP 1212/95 que reinstala a inconstitucionalidade contida nos Decretos-Leis nºs 2455/88 e 2449/88;
2. a partir da declaração de inconstitucionalidade dos decretos-leis mencionados foi editada a MP 1212/95 para regulamentar a contribuição para o PIS, que elegeu como base de cálculo do PIS o faturamento do mês, considerado como sendo a receita bruta, reinstalando as inconstitucionalidades do Decretos-Leis nºs 2445/88 e 2449/88;
3. a não conversão da MP 1212/95 em lei no prazo de 30 dias fez com que esta perdesse sua eficácia e suas reedições não tem força para mantê-la retroativamente;
4. nas reedições da MP 1212/95 não foi observado o disposto no art. 62 da CF/88;
5. a cobrança do PIS entre outubro/95 a fevereiro/99 é indevida pois com a conversão da MP 1212/95 na Lei nº 9715/98 esta contribuição seria devida 90 dias após a veiculação da lei;
6. a MP 1212/95 somente teria vigência a partir de março/96, conforme decidido no ADIN 1417-0; e
7. a SRF por meio da IN SRF 006/00 reconheceu a inconstitucionalidade do art. 15 da MP 1212/95 somente para os períodos de outubro/95 a fevereiro/96, sem, contudo, estende-la até fevereiro/99, quando passou a vigor a Lei nº 9715/98.

A DRJ em Juiz de Fora - MG indeferiu a solicitação da contribuinte sob o argumento de que já ocorrera a decadência do direito à restituição quando o pedido foi formulado em relação aos pagamentos efetuados até 13/03/97, e, em relação aos demais pela inexistência de direito creditório.

124/11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/05
VISTO

2ª CC-MF
FL.

Cientificada em 29/04/05, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 24/05/05, alegando as mesmas razões da inicial, acrescendo ainda que:

1. não se está a discutir a aplicação ou não da semestralidade, mas a inconstitucionalidade da MP 1212/95;
2. é entendimento pacífico dos tribunais que no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação o prazo decadencial para repetição do indébito é de cinco anos contados do fato gerador acrescido de mais cinco a partir da homologação tácita;
3. cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes que conta o prazo decadencial, neste caso, a partir do julgamento do ADIN 1417-0; e
4. a LC 118/05 só entrará em vigor a partir de 10/06/05, conforme manifestação do STJ.

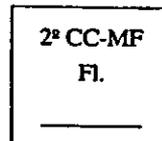
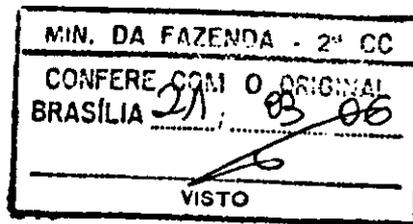
É o relatório.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Analisaremos primeiro a questão acerca da prescrição, que, no caso presente, atinge todos os recolhimentos efetuados objeto do pleito em análise.

A autoridade singular indeferiu o pleito da recorrente por considerar, primeiramente, caduco o direito pretendido, vez que, o pedido de repetição do indébito fora feito após transcorrido cinco anos da extinção do crédito pelo pagamento.

A propósito, essa questão da prescrição foi muito bem enfrentada pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 129109, no qual baseio-me para retirar as razões acerca da contagem de prazo prescricional.

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, duas são as datas que servem de marco inicial para contagem do prazo extintivo do direito de repetir o indébito, a de extinção do crédito tributário e a do trânsito em julgado de decisão administrativa ou judicial. Nos casos em que houvesse resolução do Senado suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF, a jurisprudência dominante nos Conselhos de Contribuintes e, também, na Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido de que o prazo para repetição de eventual indébito contava-se a partir da publicação do ato senatorial. Especificamente, para a hipótese de restituição de pagamentos efetuados a maior por força dos inconstitucionais Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, o marco inicial da contagem da prescrição, consoante a jurisprudência destes colegiados, é 10 de outubro de 1995, data de publicação da Resolução 49 do Senado da República. Entretanto, com a

M/134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA	CC
CONFERE COM O ORIGINAL	21/03/06
BRASÍLIA	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751

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 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 (13/03/2002) o direito de a contribuinte formular tal pleito relativo aos pagamentos efetuados até 13/03/97 já se encontravam prescritos por haver transcorrido mais de cinco anos da data do pagamento.

Quanto à inexistência de fato gerador para o PIS até fevereiro/99, por considerar a contribuinte que só então passou a vigor a Lei nº 9715/98 adoto o entendimento esposado pelo ilustre Conselheiro e Presidente Henrique Pinheiro Torres, quando do julgamento, proferido no RV 122.792. Transcrevo, pois, integralmente, na parte coincidente com a matéria aqui tratada, as razões apresentadas naquele voto:

A meu sentir, a tese de defesa não merece ser acolhida, pois, como se pode verificar do inteiro teor do voto do relator da ADIN, Ministro Octávio Gallotti, a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF restringiu-se, tão-somente, à parte final do artigo 18 da Lei 9.715/1998, sendo que os demais dispositivos da Lei foram mantidos integralmente. Esse artigo correspondia ao art. 15 da Medida Provisória nº 1.212/1995, publicada em 29 de novembro de 1995, que já trazia a expressão "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995". E a única mácula encontrada na lei, que resultou da conversão dessa medida provisória e de suas reedições, foi justamente essa expressão que feriu o princípio da irretroatividade da lei, haja vista que a Medida Provisória fora editada em 29 de novembro daquele ano e os seus efeitos retroagiam a 1º de outubro do mesmo ano. Assim, decidi por bem o Guardião da Constituição suspender, já em sede de liminar, a parte final do artigo 17 da Medida Provisória nº 1.325/1996, que correspondia à parte final do artigo 15 da MP 1.212/1995 e que deu origem ao artigo 18 da Lei 9.715/1998. Com isso, o artigo 17 da MP 1.325/1995 passou a vigor com a seguinte redação: Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação. Como essa MP representa a reedição da MP 1.212/1995, o artigo desta correspondente ao art. 17 da MP 1.305/1996, também passou a vigor com a mesma redação acima transcrita. Em outras palavras, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" a MP 1.212/1995, suas reedições e a Lei 9.715/1998 passaram também a vigor na data de sua publicação.

Por outro lado, a Medida Provisória 1.212/1995, reeditada inúmeras vezes, teve a última de suas reedições convertida em lei, o que tornou definitiva a vigência, com eficácia ex tunc sem solução de continuidade, desde a primeira publicação, in casu, desde 29 de novembro de 1995, preservada a identidade originária de seu conteúdo normativo. Em resumo, o conteúdo normativo da Medida Provisória 1.212/1995 passou a vigor desde 29/11/1995, e tornou-se definitivo com a Lei 9.715/1998. Todavia, por versar sobre contribuição social, somente produziu efeitos após o transcurso do prazo de noventa dias, contados de sua publicação, em respeito à anterioridade nonagesimal das contribuições sociais.

11/134 5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751

MIN. DA FAZENDA	2 CC
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASÍLIA 21/05/06	
VISTA	

2º CC-MF
FL

Ou seja sua vigência passou a se dar após 29/02/96.

Vérifica-se, ainda que no caso de a MP 1212/95 não ter sido aprovada pelo Congresso no prazo de 30 dias e que as medidas provisórias que a sucederam não terem respeitado o prazo nonagesimal para sua vigência refere-se à constitucionalidade da norma, que não pode ser apreciada por órgãos julgadores da esfera administrativa como bem frisou a decisão recorrida.

O julgamento administrativo está estruturado como atividade de controle interno de atos praticados pela própria Administração, apenas no que concerne à legalidade e legitimidade destes atos, ou seja, se o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se balizado pela lei e dentro dos limites nela estabelecidos. No exercício desta função cabe ao julgador administrativo proceder ao exame da norma jurídica, em toda sua extensão, limitando-se, o alcance desta análise, aos elementos necessários e suficientes para a correta compreensão e aplicação do comando emanado da norma. O exame da validade ou não da norma face aos dispositivos constitucionais escapa do objetivo do processo administrativo fiscal, estando fora da sua competência.

Themístocles Brandão Cavalcanti in "Curso de Direito Administrativo", Livraria Freitas Bastos S.A, RJ, 2000, assim manifesta-se:

Os tribunais administrativos são órgãos jurisdicionais, por meio dos quais o poder executivo impõe à administração o respeito ao Direito. Os tribunais administrativos não transferem as suas atribuições às autoridades judiciais, são apenas uma das formas por meio das quais se exerce a autoridade administrativa.

Conciliamos, assim, os dois princípios: a autoridade administrativa decide soberanamente dentro da esfera administrativa. Contra estes, só existe o recurso judicial, limitado, entretanto, à apreciação da legalidade dos atos administrativos, verdade, como se acha, ao conhecimento da justiça, da oportunidade ou da conveniência que ditarem à administração pública a prática desses atos.

Segundo o ilustre mestre Hely Lopes Meireles, o processo administrativo está subordinado ao princípio da legalidade objetiva, que o rege:

O princípio da legalidade objetiva exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Daí sustentar GIANNINI que o processo, como recurso administrativo, ao mesmo tempo que ampara o particular serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração. Todo processo administrativo há de embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade.

Depreende-se daí que, para estes juristas, a função do processo administrativo é conferir a validade e legalidade dos atos procedimentais praticados pela Administração, limitando-se, portanto, aos limites da norma jurídica, na qual embasaram-se os atos em análise.

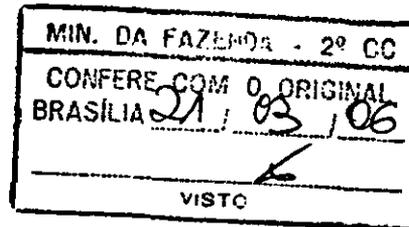
A apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exarceba a sua competência originária, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal.

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751



organização destes três Poderes, estabelecendo sua estrutura básica e as respectivas competências.

No Capítulo III deste Título trata especialmente do Poder Judiciário, estabelecendo sua competência, que seria a de dizer o direito. Especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas observa-se que o legislador constitucional teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Atribui, o constituinte, esta competência exclusivamente ao Poder Judiciário, e, em particular ao Supremo Tribunal Federal, que se pronunciará de maneira definitiva sobre a constitucionalidade das leis.

Tal foi o cuidado do legislador que, para que uma norma seja declarada inconstitucional com efeito *erga homes* é preciso que haja manifestação do órgão máximo do Judiciário – Supremo Tribunal Federal – que é quem dirá de forma definitiva a constitucionalidade ou não da norma em apreço.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, para que uma norma seja declarada, de maneira definitiva, inconstitucional, é preciso que seja apreciada pelo seu pleno, e não apenas por suas turmas comuns. Ou seja, garante-se a manifestação da maioria absoluta dos representantes do órgão Máximo do Poder Judiciário na análise da constitucionalidade das normas jurídicas, tal é a importância desta matéria.

Toda esta preocupação por parte do legislador constituinte objetivou não permitir que a incoerência de se ter uma lei declarada inconstitucional por determinado Tribunal, e por outro não. Resguardou-se, desta forma, a competência derradeira para manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis à instância superior do Judiciário, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos apreciassem a constitucionalidade de lei seria infringir disposto da própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder definida no texto constitucional.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considera-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.

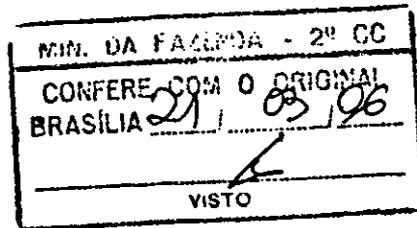
Por ocasião da realização do 24º Simpósio Nacional de Direito Tributário, o ilustre professor, mais uma vez, manifestou acerca desta árdua questão afirmando que a autoridade administrativa tem o dever de aplicar a lei que não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, devendo, entretanto, deixar de aplicá-la, sob pena de responder pelos danos porventura daí decorrentes, apenas se a inconstitucionalidade da norma já tiver sido declarada pelo STF, em sede de controle concentrado, ou cuja vigência já houver sido suspensa pelo Senado Federal, em face de decisão definitiva em sede de controle difuso.

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos

134 7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13634.000085/2002-91
Recurso nº : 130.083
Acórdão nº : 204-00.751

administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Como da decisão definitiva proferida na esfera administrativa não pode o Estado recorrer ao Judiciário, uma vez ocorrida a situação retrocitada, estar-se-ia dispensando o pagamento de tributo indevidamente, o que corresponde a crime de responsabilidade funcional, podendo o infrator responder pelos danos causados pelo seu ato.

Ademais disto, se algum incidente de inconstitucionalidade houve nas reedições sucessivas da MP 1212/95 restou superado quando a última destas medidas provisórias foi convertida na Lei nº 9715/98.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2005.


NAYRA BASTOS MANATTA