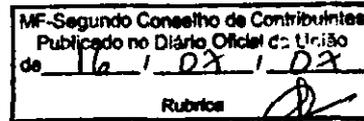




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448



Recorrente : JAKEF ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

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.

INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO PIS. No período de outubro/95 a fevereiro/96 a legislação que regia a contribuição para o PIS era a Lei Complementar nº 07/70, face à declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei nº 9715/98 pelo STF, e, a partir de março de 1996, a contribuição para o PIS passou a ser regida pela Medida Provisória nº 1212/95 e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715/1998.

PIS-REPIQUE. Até a vigência da Medida Provisória nº 1212/95 a contribuição para o PIS era devida com base na Lei Complementar nº 07/70, que prevê apenas para as instituições financeiras, sociedades seguradoras e empresas cuja atividade de prestação de serviços correspondam a mais de 90% de suas atividades a possibilidade de recolher a contribuição na modalidade do PIS-repique.

DIREITO CREDITÓRIO. Não sendo devidamente demonstrado o direito creditório requerido pela contribuinte o pedido é de ser considerado ilíquido, razão pela qual não há de ser deferido.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JAKEF ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Leonardo Siade Manzan, Airton Adelar Rack e Flávio de Sá Munhoz, votaram pelas conclusões.

Sala das Sessões, em 23 de maio de 2007.

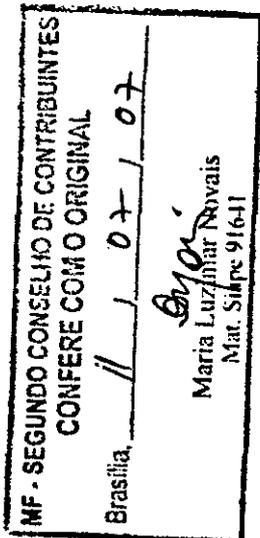
Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Nayra Bastos Manatta

Relatora

participou, ainda, do presente julgamento o Conselheiro Júlio César Alves Ramos.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 07 / 07
Maria Luzimír Novais
Mat. Siope 1641

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448

Recorrente : JAKEF ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de solicitação de restituição/compensação de valores ditos recolhidos indevidamente ao Programa de Integração Social – PIS, relativos aos períodos de apuração de abril/89 a outubro/98, formulado em 25/11/99, com base nos Decretos-Leis nºs 2445/88 e 2449/88. A empresa requer a restituição das diferenças de recolhimento com base nos dispositivos legais mencionados, declarados inconstitucionais, e o devido com base na sistemática do PIS-repique prevista na Lei Complementar nº 07/70.

A autoridade competente indeferiu a solicitação da contribuinte considerando que a atividade exercida pela empresa não é preponderantemente a prestação de serviço razão pela qual não poderia da forma de tributação prevista no § 2º do art 3º da Lei Complementar nº 07/70 (PIS-repique); a partir de março de 1996 o PIS passou a incidir sobre o faturamento mensal nos termos da Medida Provisória nº 1212/95; ter ocorrido a decadência do direito de pleitear a restituição com relação aos pagamentos efetuados até 25/11/94 e a inexistência do direito creditório, com relação aos pagamentos posteriores a essa data, por não prosperar a tese da requerente da semestralidade da base de cálculo do PIS.

Inconformada, a empresa apresenta manifestação de inconformidade na qual solicitou a homologação do pedido de compensação e o arquivamento do processo. Fez, em resumo, as seguintes considerações:

1. o prazo para se reaver o imposto pago a maior é de dez anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, conforme jurisprudência do STJ, e no caso de situação conflituosa o prazo só se inicia com a publicação da Resolução do Senado Federal que confere efeitos *erga omnes* à decisão proferida *inter partes*;
2. o cálculo da contribuição no período em questão deve ser efetuado observando-se o critério previsto na Lei Complementar nº 07/70 para empresas prestadoras de serviços, ou seja, o PIS repique;
3. inexistente fato gerador do PIS entre 01/10/95 até 25/11/98 – data da publicação da Lei nº 9715/98;
4. nos períodos em questão, considerando-se o disposto na Lei Complementar nº 07/70, deveria ser observado o critério da semestralidade na apuração da base de cálculo da contribuição;
5. discorre sobre o direito compensatório e sobre a distinção entre prescrição e decadência;

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se no sentido de indeferir a solicitação interposta pela contribuinte mantendo a decisão proferida pela DRF de origem sob os mesmos argumentos.

A contribuinte cientificada em 06/12/05 do teor do referido Acórdão, e, inconformada com o julgamento proferido interpôs em 27/12/05 recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes no qual reitera suas razões apresentadas na inicial.

É o relatório.

Handwritten signature



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 07 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Stape 91641

2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

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

Primeiramente há de ser analisada a questão da prescrição, que, no caso presente, atinge os recolhimentos efetuados até 04/04/95.

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 em relação aos recolhimentos efetuados anteriormente a 25/11/94.

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:

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;

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

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 07 / 07
Maria Terezinha Novais
Mat. Supl. 916.41

2ª CC-MF
Fl.

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 à 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 (25/11/99) o direito de a contribuinte formular tal pleito relativo aos pagamentos efetuados até 25/11/94 já encontra-se prescrito por haver transcorrido mais de cinco anos da data do pagamento.

Em relação aos períodos não alcançados pela prescrição é de se observar que a contribuinte solicitou a restituição de valores correspondentes à diferença entre o devido com base na Lei Complementar nº 07/70, modalidade PIS-repique, e os valores recolhidos com base nos Decretos-Leis nºs 2445 e 2449/88.

Ocorre que o § 2º do art. 3º da Lei Complementar nº 07/70 restringia esta modalidade de recolhimento do PIS (PIS-repique) às instituições financeiras, sociedades seguradoras e empresas que não realizem vendas de mercadorias, ou que a atividade de prestação de serviços corresponda a mais de 90% das atividades da empresa. No caso em concreto a contribuinte realiza venda de unidades imobiliárias, não correspondendo as receitas de prestação de serviços a mais de 90% das suas atividades (no período de 1995, as receitas de prestação de serviço correspondem a apenas 41% das receitas totais da empresa, segundo informação de fls. 127/133 da SRF, considerando as informações constantes das DIPJ apresentadas pela empresa).

Desta forma, no caso em questão, a empresa estaria sujeita, na sistemática de recolhimento prevista pela Lei Complementar nº 07/70, ao PIS-faturamento e não ao PIS-repique como alega. Todavia, esta questão só deve ser tratada em relação aos períodos não alcançados pela prescrição, ou seja, recolhimentos efetuados após 24/11/94, e limitando-se aos fatos geradores ocorridos até fevereiro de 1996, quando então passou a vigor a Medida Provisória nº 1212/95 e suas reedições, como se demonstrará a seguir.

Vale observar que tendo sido o pleito formulado com base na tributação do PIS-repique, e sendo devida a contribuição, até fevereiro/96, com base no PIS-faturamento, o pedido não é líquido e certo uma vez que a quantificação dos créditos foi incorreta na forma da lei, ou seja, a contribuinte não logrou demonstrar e comprovar o seu direito.

Quanto à inexistência de fato gerador para o PIS até novembro/98, 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

[Assinatura] 4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11/07/07
Marra Luzina Novais
Mec. Supl. V1611

2ª CC-MF
Fl.

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, decidiu 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 Medida Provisória nº 1.212/1995 e que deu origem ao artigo 18 da Lei nº 9.715/1998. Com isso, o artigo 17 da Medida Provisória nº 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 Medida Provisória nº 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 Medida Provisória nº 1.212/1995, suas reedições e a Lei nº 9.715/1998 passaram também a vigor na data de sua publicação.

Por outro lado, a Medida Provisória nº 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 nº 1.212/1995 passou a vigor desde 29/11/1995, e tornou-se definitivo com a Lei nº 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."

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

Verifica-se, ainda que no caso de a Medida Provisória nº 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:

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 13804.004251/99-54
Recurso n^o : 137.477
Acórdão n^o : 204-02.448

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília 11 / 07 / 07
Marta Helena Novais

2^o CC-MF
Fl.

“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.

O Estado brasileiro assenta-se sobre o tripé dos três Poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. No seu Título IV, a Carta Magna de 1988 trata da 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.

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 07 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Supl. 91641

2º CC-MF
Fl.

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 considerá-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 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.

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13804.004251/99-54
Recurso nº : 137.477
Acórdão nº : 204-02.448

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília. 11 / 07 / 02 Maria Luzimar Novais Mat. Sipe 91611

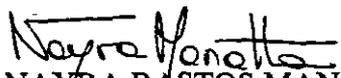
2ª CC-MF Fl. _____

Se algum incidente de inconstitucionalidade houve nas reedições sucessivas da Medida Provisória nº 1212/95 restou superado quando a última destas medidas provisórias foi convertida na Lei nº 9715/98.

Ademais disto, não prosperando a tese de inexistência do fato gerador do PIS no período a contribuinte não logrou demonstrar o seu direito creditório.

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

Sala das Sessões, em 23 de maio de 2007.


NAYRA BASTOS MANATTA

