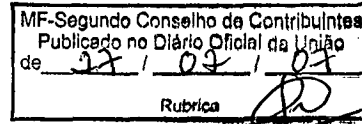




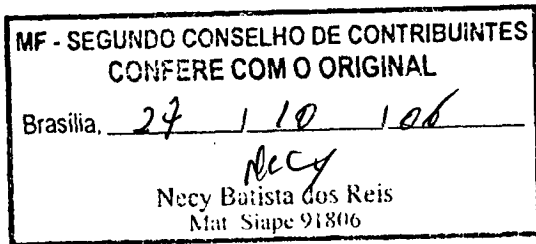
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151



Recorrente : CELPA COMÉRCIO PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PIRAJU LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



PIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADÊNCIAL.
O termo inicial de contagem da decadência/prescrição para solicitação de restituição/compensação de valores pagos a maior não coincide com o dos pagamentos realizados, mas com o da resolução do Senado da República que suspendeu do ordenamento jurídico a lei declarada inconstitucional.
SEMESTRALIDADE. A base de cálculo do PIS até a edição da MP 1212/95, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 6, par. único da LC nº 07/70, que tornou a vigor com a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CELPA COMÉRCIO PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PIRAJU LTDA.**

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator designado.** Vencidos os Conselheiros Nayra Bastos Manatta (Relatora) e Júlio César Alves Ramos que não conheceram da semestralidade (por preclusão) e o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres que negava provimento ao recurso. Designada a Conselheira Adriene Maria de Miranda para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Adriene Maria de Miranda
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Rodrigo Bernardes de Carvalho e Sandra Barbon Lewis.

Imp/fclb



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27 / 10 / 06
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. S/ape 91806

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : CELPA COM. PRODUTOS ALIMENTICIOS PIRAJU LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação, fls. 01/02, de créditos oriundos de recolhimento a maior a título da contribuição para o PIS, relativa aos períodos compreendidos entre abril/91 a outubro/95, efetuados com base nos Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988, declarados inconstitucionais pelo Senado Federal. O pedido encontra-se acompanhado dos DARFs de recolhimento, fls. 15/33, demonstrativo de apuração de crédito tributário, fls. 03/07.

De acordo com o requerimento de fls. 01/02, apresentado pela requerente, nas planilhas que demonstram os valores a serem restituídos/compensados a contribuição foi calculada com base na aplicação da base histórica do sexto mês anterior, dando-se cumprimento ao artigo 6º da Lei Complementar nº 07/70.

Em Despacho Decisório, de fls. 70, a Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, indeferiu o pedido de restituição/compensação, relativo aos recolhimentos efetuados até 08/12/94, sob os argumentos de que foram atingidos pela decadência quinquenal, e de que o pedido formulado pela recorrente não tem procedência uma vez que o recálculo da contribuição foi efetuado levando em consideração bases de cálculo do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador.

Discordando do indeferimento de seu pleito, apresentou a manifestação de inconformidade, fls. 83/91, argumentando em sua defesa, que, no caso em questão, prazo decadencial começaria a ser contado a partir da edição da Resolução do Senado Federal, que retirou os referidos Decretos-Lei nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, do ordenamento jurídico do País. Cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP indefere a solicitação sob os argumentos de que ocorreu a decadência do direito de pleitear o indébito.

Não se conformando com a decisão de primeiro grau, apresentou o Recurso Voluntário de fls. 106/132, onde repete os argumentos da impugnação apresentada na instância anterior relativos à decadência e, pugna pela aplicação da semestralidade na apuração da base de cálculo da contribuição.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	27 / 10 / 06
Necy Batista dos Reis Mat. Siapex 91806	

2ª CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Como relatado, trata-se de pedido de restituição e compensação dos valores recolhidos a título de PIS que a reclamante entende haver pago a maior, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio do Despacho Decisório, fls. 70, a Delegacia da Receita Federal em Marília - SP, indeferiu o pedido de restituição/compensação, relativo aos recolhimentos efetuados até 08/12/94, sob os argumentos de que foram atingidos pela decadência quinquenal, e de que o pedido formulado pela recorrente não tem procedência uma vez que o recálculo da contribuição foi efetuado levando em consideração bases de cálculo do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador. Decisão esta confirmada pela DRJ em Ribeirão Preto - SP, no que tange à decadência.

Vale aqui ressaltar que a contribuinte, em grau de impugnação, insurgiu-se apenas contra a decadência aplicada pela DRF em Marília - SP, não tendo havido qualquer manifestação acerca da improcedência da aplicação da semestralidade no recálculo da contribuição aplicada pelo Despacho Decisório fl. 70. Tanto é assim que a DRJ em Ribeirão Preto - SP decidiu apenas acerca da matéria que foi objeto do litígio, qual seja: decadência do direito de a contribuinte pleitear a repetição do indébito tributário.

Todavia em grau recursal, além da questão decadencial manifestou-se também acerca da aplicação da semestralidade no recálculo da contribuição devida com base na LC 07/70.

Como é de todos sabido, só é lícito deduzir novas alegações, em supressão de instância, quando:

- relativas a direito superveniente;
- competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou
- por expressa autorização legal.

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constitui-se ônus processual, pois, embora o ato possa ser praticado e é instituído a seu favor. Todavia, caso não seja praticado no tempo certo, surgem para a parte consequências gravosas, dentre elas a perda do direito de a praticá-lo posteriormente, ocorrendo o fenômeno processual denominado de preclusão.

Daí, não tendo a contribuinte deduzido a tempo, em primeira instância, a razão apresentada na fase recursal acerca da semestralidade não se pode dela conhecer na fase recursal.

Assim sendo, analisaremos apenas neste voto a questão do prazo decadencial para formulação do pleito de restituição do indébito, uma vez que a questão da semestralidade está preclusa.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151

ME - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, _____	27/10/06
Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806	

2º CC-MF
Fl. _____

A propósito da questão da decadência, peço licença aos meus pares para adotar como razão de decidir os argumentos do Conselheiro Renato Scalco Isquierdo, exteriorizados no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 116.520, consubstanciado no Acórdão nº 203-07.487, onde destaco:

A apreciação que se pretende nesta assentada diz respeito ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de indébitos tributários, previsto no artigo 165 do Código Tributário Nacional – CTN, que fundamentou o indeferimento do pleito pela autoridade julgadora monocrática.

A propósito, entendo que o prazo contido no citado dispositivo do CTN não se aplica ao presente caso, primeiro porque, no momento do recolhimento, a legislação então vigente e a própria Administração Tributária que, de forma correta, diga-se de passagem, porquanto em obediência a determinação legal em pleno vigor, não permitia outra alternativa para que a recorrente visse cumprida sua obrigação de pagar e, segundo, porque, em nome da segurança jurídica, não se pode admitir a hipótese de que a contagem de prazo prescricional, para o exercício de um direito, tenha início antes da data de sua aquisição, o qual somente foi personificado, de forma efetiva, mediante a edição da Resolução do Senado Federal nº 49/95.

Somente a partir da edição da referida Resolução do Senado é que restou pacificado o entendimento de que a cobrança da Contribuição para o PIS deveria limitar-se aos parâmetros da Lei Complementar nº 07/70, sem os efeitos dos decretos-leis declarados inconstitucionais.

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 Dr. José Antonio Minatel, que adoto como razões de decidir:

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

BY //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 27 / 10 / 06	Necy
Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806	

2º CC-MF
Fl.

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;

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*

BM



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27 / 10 / 06
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. Siapc 91806

2ª CC-MF
Fl.

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 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 .º 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 de publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/95, que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Assim, em razão do acima exposto, é de concluir-se não haver ocorrido a perda do direito de a recorrente pleitear a repetição do indébito para os recolhimentos anteriores a 08/12/94, pois o pedido de restituição/compensação em questão foi protocolado em 08/12/99, ou seja, ainda dentro do período quinquenal legal para formular tal pretensão.

Com essas considerações, voto no sentido de não conhecer do recurso em relação à matéria preclusa, qual seja a aplicação da semestralidade, e, em relação à matéria conhecida – decadência, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005

NAYRA BASTOS MANATTA



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13832.000201/99-15
Recurso nº : 127.992
Acórdão nº : 204-00.151

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	27 / 10 / 06
Necy	
Necy Batista dos Reis	
Mat. SIAPE 91806	

2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-DESIGNADA
ADRIENE MARIA DE MIRANDA

A despeito do brilhantismo do voto proferido pela Il. Relatora, Conselheira Nayra Bastos Manatta, peço licença para divergir no tocante à aplicação da semestralidade na apuração da base de cálculo do PIS, matéria não analisada por preclusa.

Isso porque, penso que, ao contrário, o pedido de aplicação da semestralidade não foi atingido por tal instituto, porquanto compete ao julgador conhecê-lo de ofício, eis que obrigação *ex lege*.

Com efeito, devido à declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, deve ser aplicada a Lei Complementar nº 07/70 – lei anterior –, que prevê no parágrafo único do seu art. 6, que a base de cálculo do PIS é o faturamento do sexto mês anterior. Vale dizer, a norma legal em vigor na época dos créditos pleiteados – cuja observância é de rigor, sob pena de descumprimento de preceito legal – determinava a aplicação da semestralidade.

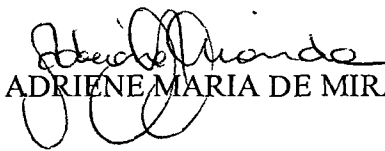
Desse modo, por configurar obrigação *ex lege*, não pode esse Eg. Conselho de Contribuintes vedar a aplicação da semestralidade. Tal configuraria negativa de vigência de lei, o que não lhe compete fazer. Na verdade, sua aplicação, pelo mesmo motivo, é obrigatória.

Destarte, deve ser reconhecido, ainda que não pedido pelo contribuinte, o direito à semestralidade na apuração da base de cálculo do PIS.

Como consequência, cumpre-se esclarecer que, no que concerne à atualização do indébito, devem ser observados os índices constantes na tabela anexa à Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08/97.

Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2005


ADRIENE MARIA DE MIRANDA