



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 04/06/2001
VISTO

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

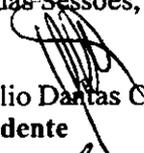
Sessão : 12 de julho de 2001
Recorrente : REBIÈRE GELATINAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

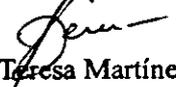
NORMAS PROCESSUAIS - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO SOBRE RECOLHIMENTOS – DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA -
O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional na via indireta. **PIS – BASE DE CÁLCULO -** Ao analisar o disposto no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 07/70, há de se concluir que “faturamento” representa a base de cálculo do PIS (faturamento do sexto mês anterior), inerente ao fato gerador (de natureza eminentemente temporal, que ocorre mensalmente), relativo à realização de negócios jurídicos (venda de mercadorias e prestação de serviços). A base de cálculo da contribuição em comento permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP nº 1.212/95, quando, a partir dos efeitos desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado o faturamento do mês anterior. **Recurso a que se dá provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **REBIÈRE GELATINAS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva (Relator), quanto à decadência, e Henrique Pinheiro Torres (Suplente), quanto à semestralidade. Designada a Conselheira Maria Teresa Martínez López para redigir o acórdão. O Conselheiro Renato Scalco Isquierdo apresentou declaração de voto.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2001


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente).

Iao/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

Recorrente : REBIÉRE GELATINAS LTDA.

RELATÓRIO

Às fls. 70/76, Decisão DRJ/CPS nº 003513/2000, indeferindo restituição pleiteada de crédito originado pelo recolhimento da Contribuição para o PIS com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e, ainda, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 07/70, que propicia o recolhimento da contribuição em comento, com base no faturamento de seis meses antes do fato gerador.

Registra o julgador singular que o requerimento foi indeferido sob o argumento de que houve equívoco por parte da Contribuinte, quanto ao entendimento do parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 07/70 e alterações posteriores, à exceção da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988. Mesmo assim, quanto a esses últimos dispositivos, restaria fulminado o direito da Contribuinte relativo à repetição do indébito, segundo o que dispõem o inciso I do art. 168 do CTN e o Ato Declaratório SRF nº 96/99.

Expende razões sobre prazo de recolhimento e não base de cálculo e oferece Decisão do TRF da 3ª Região às fls. 76, em relação ao texto do art. 6º da LC nº 07/70 e, também, julgado da Quarta Câmara do Primeiro Conselho às fls. 80, e confirma o entendimento da DRF em Jundiaí - SP.

Inconformada, às fls. 99/87, a Contribuinte interpõe Recurso Voluntário registrando, inicialmente, que o Senado Federal editou a Resolução nº 49/95 suspendendo a execução dos já mencionados decretos-leis, o que acarretou o retorno das Leis Complementares nºs 07/70 e 17/73, fazendo com que a base de cálculo voltasse a ser o faturamento de seis meses antes do fato gerador.

Quanto à tempestividade do pedido, sustenta que o mesmo se deu antes dos cinco anos contados da publicação da Resolução Senatorial.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
FRANCISCO MAURÍCIO R. DE ALBUQUERQUE SILVA
VENCIDO QUANTO AO ITEM DECADÊNCIA**

O Recurso é tempestivo, dele tomo conhecimento.

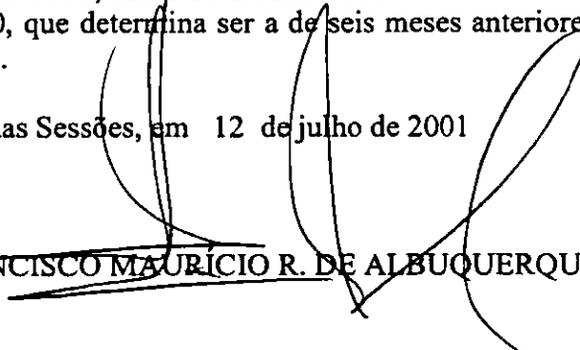
Já definitivamente pacificada a matéria quanto à semestralidade do PIS, originada do parágrafo único do art. 6º da LC nº 07/70, pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, também, a inexistência de correção monetária da base de cálculo relativa à Contribuição para o PIS, até 09/10/95, enquanto vigiu a LC nº 07/70.

Quanto à decadência do direito de pleitear a restituição, dirijo do entendimento do julgador monocrático, haja vista que o mesmo se ultima no prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Portanto, após essa extinção, que se dá na conformidade do § 4º do artigo 150 do CTN, tem o contribuinte o prazo de cinco anos para pleitear a restituição do que pagou indevidamente, em face da legislação aplicável à época dos fatos geradores, segundo preleciona o artigo 168, também do CTN, devendo ser retirado do montante a ser restituído os fatos geradores fora desse período.

Quanto à essa matéria, o meu posicionamento, também, se lastreia na jurisprudência do Eg. STJ, que entende que, relativamente aos tributos sujeitos à homologação, o perecimento do direito de pleitear a restituição se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação, entendimento esse confirmado em sede de Agravo Regimental – AGA 26903/SP.

Diante de todo o exposto, voto pelo provimento do Recurso para que seja restituído à Contribuinte o que a mesma pagou indevidamente, em face dos Decretos-Lei nºs. 2.445 e 2.449, ambos de 1988, além do crédito decorrente da base de cálculo do art. 6º da Lei Complementar nº 07/70, que determina ser a de seis meses anteriores ao fato gerador, base essa sem correção monetária.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2001


FRANCISCO MAURÍCIO R. DE ALBUQUERQUE SILVA



Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

**VOTO DA CONSELHEIRA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
RELATORA-DESIGNADA QUANTO AO ITEM DECADÊNCIA**

A matéria colocada em discussão resume-se, basicamente, a duas matérias. A primeira, diz respeito à **semestralidade**. A segunda, diz respeito à forma de contagem do prazo para recuperação de valores pagos indevidamente.

Ouso, portanto, divergir, parcialmente, do voto apresentado pelo ilustre Conselheiro-Relator, no que diz respeito à segunda questão, isto é, a forma de contagem do prazo para solicitação do pedido de restituição do PIS, eis que, no entender do ilustre Conselheiro-Relator, haveria de se aplicar o prazo de 5 + 5, levando ao entendimento de que parte de valores pleiteados pela contribuinte estariam “excluídos” pelo decurso do prazo.

Em primeiro lugar, muito embora admita existirem divergências doutrinárias, reconhecida até mesmo nos Tribunais ¹, ora denominando o direito de pleitear a restituição/compensação ora como o de “decadência” ora como o de “prescrição”, adoto, como princípio, na corrente de Paulo de Barros Carvalho, a figura da “decadência”.

Nos casos de **declaração de inconstitucionalidade** operados pelo Supremo Tribunal Federal, a contagem de prazo para a recuperação de importâncias despendidas indevidamente sujeita-se à “**regra especial**”, pois a jurisprudência tem-se orientado no sentido de reconhecer que o lapso prescricional de cinco anos somente **começa a fluir após a publicação da decisão do STF que declarar tal inconstitucionalidade**, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito vinculante e *erga omnes*), e apenas após a Resolução do Senado Federal que suspender a vigência do dispositivo legal cuja desvalia constitucional foi reconhecida pelo STF, nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito *inter partes*).

Nesse sentido, a Segunda Câmara deste Conselho de Contribuintes já se pronunciou, em processo em que fui relatora, Acórdão nº 202-10.883, no qual assim me manifestei:

¹ Consta do Agravo de Instrumento nº 238.714 – SC (1999/0033537-6) – publicado no DJ-1 de 13/09/2000, que: defendem como sendo **prescrição** – Manuel Álvares, Código Tributário Nacional Comentado – SP – RT, 1999, pág. 631; P.R.Tavares Paes, em “Comentários ao Código Tributário Nacional” SP- 5ª ed., 1996, pag. 377; Ruy Barbosa Nogueira, em “Curso de Direito Tributário” – SP – Saraiva, 9ª ed. 1989, pag. 336. Em socorro à tese de tratar-se de **decadência**, os seguintes doutrinadores; Paulo de Barros Carvalho, em curso de direito Tributário – 2ª ed. – SP – Saraiva, 1986-pág. 279; Aliomar Baleeiro – 11ª ed. RJ, 1999, pág. 894; Celso Ribeiro Bastos, em Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário – SP – Saraiva, 1991, pág. 219.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

“De outro lado, também nos casos de declaração de inconstitucionalidade operados pelo Supremo Tribunal Federal a contagem de prazo para a recuperação de importâncias despendidas indevidamente sujeita-se a ‘regra especial’, pois a jurisprudência tem-se orientado no sentido de reconhecer que o lapso prescricional de cinco anos somente começa a fluir após a publicação da decisão do STF que declarar tal inconstitucionalidade, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito vinculante e erga omnes), e apenas após a Resolução do Senado Federal que suspender a vigência do dispositivo legal, cuja desvalia constitucional foi reconhecida pelo STF, nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito inter partes).”

Também foi o entendimento exarado pelo ilustre relator, José Antônio Minatel, então Conselheiro da 8ª Câmara do 1º CC, em voto proferido no Acórdão nº 108-05.791, *in verbis*:

“O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de 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 exercita-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 de exação tributária anteriormente exigida.”

Conforme mencionado, a matéria já está pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem decidindo que, em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o prazo de 05 anos, para repetição do indébito ou compensação, se inicia a partir da declaração de inconstitucionalidade, como se pode ver dos julgados abaixo:

Embargos de Divergência em RE nº 43.995-5-RS, relator o Ministro César Asfor Rocha:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

"Ementa - TRIBUTÁRIO, EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. Consoante o entendimento fixado pela egrégia Primeira Seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, à falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos contados estes da homologação tácita do lançamento. Por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou o gravame. Embargos de divergência rejeitados"

Do voto do Relator, extrai-se os seguintes excertos, extraídos de decisão anteriormente proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros:

"Ademais, é razoável e juridico que se conte o prazo para a propositura da ação de restituição, em tal caso, a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade da exação. A propósito, argumentou, com pertinência, o ilustre magistrado e conceituado tributarista, Dr. Hugo de Brito Machado, em voto que proferiu na Apelação Cível nº 44.403-PE, na Primeira Turma do TFR-5ª Região, na assentada de 14-4-94:

'O direito de pleitear a restituição, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta. Ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. RICARDO LOBO TORRES, ensina:

'Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data de trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida incidenter tantum pelo STF.' (Restituição de Tributos, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 169).

Tinha, é certo, o contribuinte, ação para pedir, perante o Judiciário, a restituição, tendo como fundamento a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.288/86, mas no que concerne a esta não existe prescrição. A interpretação conjunta dos artigos 168 e 169, do Código Tributário Nacional, demonstra que tais dispositivos não se referem a esse tipo de ação. O art. 168 diz respeito ao pedido de restituição formulado perante a autoridade administrativa. E o art. 169 diz respeito à ação para anular a decisão administrativa denegatória do pedido de restituição. Inexiste, portanto, dispositivo legal estabelecendo a prescrição para a ação do contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

No caso de que se cuida, portanto, não se extinguiu o direito à repetição do indébito. Poder-se-á argumentar que as ações em geral, contra a Fazenda Pública, prescrevem em cinco anos, por força do disposto no Decreto-lei nº 4.597 de 19.08.1942.

Ocorre que a presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo.

É certo que o contribuinte pode promover a ação de restituição, pedindo seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade. Tal ação, todavia, é diversa daquela que tem o contribuinte, diante da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo. Na primeira, o contribuinte enfrenta, como questão prejudicial, a questão da inconstitucionalidade. Na segunda, essa questão encontra-se previamente resolvida.

Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

A tese de que, declarada a inconstitucionalidade da restituição da exação, segue-se o direito do contribuinte à repetição do indébito independente do exercício em que se deu o pagamento, podendo, pois, ser exercitado no prazo de cinco anos, a contar da decisão plenária declaratória da inconstitucionalidade, ao que saiba, não foi ainda expressamente apreciada pela Corte Maior. Todavia, creio que se ajusta ao julgado no RE 136.883-RJ, Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementado (RTJ 137/936):

'Empréstimo compulsório (Decreto-lei nº 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que a criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 121.336, Plenário, 11-10-90, Pertence): direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.'

A propósito, aduziu conclusivamente no seu douto voto (RTJ 137/938):

'Declarada, assim, pelo Plenário, a inconstitucionalidade material das normas legais em que fundada a exigência da natureza tributária, porque feita a título de cobrança de empréstimo compulsório -, segue-se o direito do contribuinte à



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido."

Os Ministros do STJ, em despachos monocráticos, dados com fulcro nos artigos 120, parágrafo único, de o art. 557 do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756/98, que pressupõe a existência de jurisprudência pacífica a propósito do tema, vem negando seguimento a recursos da União, como se pode ver no julgado abaixo:

*"Recurso Especial nº 233.090 - Rio Grande do Sul
Relator: Ministro Garcia Vieira*

...

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra acórdão proferido pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu o direito do autor à compensação dos valores indevidamente recolhidos sobre a remuneração paga aos autônomos, administradores e avulsos com tributos de mesma espécie incidentes sobre a folha de salários.

...

*A jurisprudência desta Corte de Justiça uniformizou-se no sentido de que o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança do crédito correspondente à contribuição previdenciária incidente sobre o pagamento de pró-labore só começa a fluir da data das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.102-2-DF e no Recurso Extraordinário nº 166.722-9-RS, que declararam a inconstitucionalidade das expressões "autônomos, administradores e avulsos".
Precedentes jurisprudenciais: Resps. nºs 202.176-PR e 205.232-SP.*

...

Pelo exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, nego seguimento ao recurso." (in Revista Dialética de Direito Tributário nº 53, pg. 189).

Assim, como conclusão, tendo em vista que a Resolução nº 49 do Senado Federal é de outubro de 1995 e que o pedido protocolizado pela contribuinte está dentro do período de 05 anos da data da mencionada resolução, VOTO, também, pela procedência do pedido de restituição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71
Acórdão : 203-07.560
Recurso : 117.004

Dessa forma, diante de tudo o mais retro-exposto, impõe-se o deferimento do recurso para admitir o direito ao crédito de valores pagos no período discriminado nos autos, pertinentes ao PIS, a ser calculado mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 07/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2001


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13836.000267/00-71

**DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO RENATO SCALCO
ISQUIERDO**

Acompanho, com relação à fixação do termo inicial do prazo de decadência, o voto do Ilustre Conselheiro Relator. De fato, o art. 168, I do CTN fixa como termo inicial do prazo de decadência de cinco anos para pleitear a restituição do tributo indevidamente recolhido a data da extinção do crédito tributário.

A tese defendida pelo voto vencedor, de que se deve contar o prazo a partir da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário, tem origem jurisprudencial, e, embora já encontre respaldo em algumas decisões da Justiça Federal, nesta data ainda não se encontra consolidada para que seja reconhecida administrativamente.

Além disso, o Secretário da Receita Federal, com fundamento no Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional PGFN/CAT/n. 1.538/99, baixou o Ato Declaratório SRF n. 96/99, reafirmando a aplicação do prazo contido no art. 168, I do CTN para o caso em comento. O referido ato normativo tem a seguinte dicção:

Ato Declaratório SRF nº 096, de 26 de novembro de 1999

Dispõe sobre o prazo para a repetição de indébito relativa a tributo ou contribuição pago com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício dos controles difuso e concentrado

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o teor do Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538, de 1999, declara:

I - o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter 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 - arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

EVERARDO MACIEL

Por todos os motivos expostos, voto no sentido de excluir da restituição pleiteada os valores alcançados pela decadência na forma acima exposta.

Sala das Sessões, 12 de julho de 2001


RENATO SCALCO ISQUIERDO