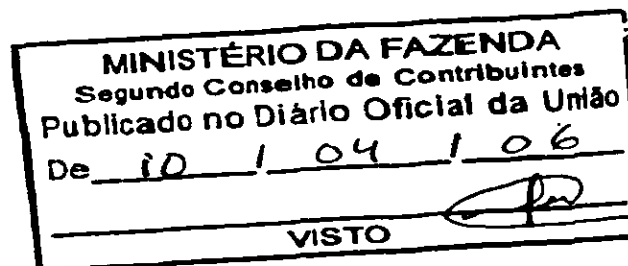




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379

Recorrente : TRANSPORTES A. J. LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS. COMPENSAÇÃO. INCOMPE- TÊNCIA.

No âmbito dos processos administrativos de compensação, a competência dos Conselhos de Contribuintes limita-se à análise do direito creditório envolvido.

PIS/PASEP. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE PEDIR A RESTITUIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição do PIS/Pasep recolhido com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 tem como termo *a quo* a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, ocorrida em 09/10/95. Precedentes.

BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE.

Até fevereiro de 1996, a base de cálculo da contribuição para o PIS era o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Recurso provido.

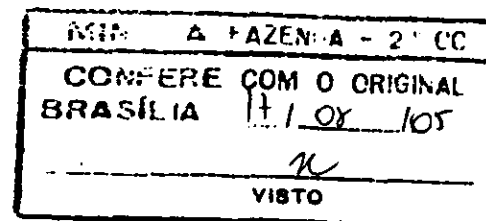
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TRANSPORTES A. J. LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em dar provimento ao recurso: **I) por maioria de votos, para adotar a não ocorrência da prescrição da compensação em razão da Resolução nº 49/95 do Senado Federal.** Vencidos o Conselheiros José Antonio Francisco (Relator) e Walber José da Silva. Designado o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer para redigir o voto vencedor nesta parte; e **II) por unanimidade de votos, quanto à semestralidade,** nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Rogério Gustavo Dreyer
Rogério Gustavo Dreyer
Relator-Designado



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente), Sérgio Gomes Velloso e Gustavo Vieira de Melo Monteiro.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379

MIN : A FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 17/10/95
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : TRANSPORTES A. J. LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição apresentado em 5 de novembro de 1999, de recolhimentos da contribuição para o PIS (fl. 1), efetuados entre novembro de 1989 e novembro de 1995 (Darf e cópias de fls. 2 a 51), efetuados a maior, segundo a interessada, em face da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988.

Foi apresentado o demonstrativo de apuração de fls. 52 a 54 e a interessada alegou, nas fls. 55 a 71, que deveria ainda ser considerada a semestralidade da base de cálculo do PIS, com atualização monetária e incidência de juros de mora.

Ainda apresentou os documentos de fls. 72 a 135 e o pedido de compensação de fl. 136 (com débitos "vincendos" do Imposto de Renda, da CSLL, da Cofins e do PIS).

A Delegacia da Receita Federal em Araraquara - SP indeferiu o pedido, considerando ter ocorrido a decadência, relativamente à parte dos recolhimentos, e, relativamente à outra parte, ter havido recolhimentos a menor (fls. 139 a 141).

A interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 147 a 166, alegando não ter ocorrido a prescrição, pelo fato de o CTN tratar apenas de prescrição relativa à restituição e não à compensação; ser o referido prazo de cinco anos, contados da homologação tácita; e não ter sido considerada a semestralidade da base de cálculo da contribuição, nos cálculos efetuados pela DRF.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, no Acórdão nº 4.623, de 27 de novembro de 003 (fls. 169 a 182), indeferiu a solicitação, nos seguintes termos:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/10/1995

Ementa: COMPENSAÇÃO.

Incabível a compensação de recolhimentos da Contribuição para o PIS, com base nos Decretos-lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, quando não excederem a valores devidos com fulcro na Lei Complementar nº 7, de 1970, e suas posteriores alterações.

DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação de tributos ou contribuições pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/10/1995



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 17 / 08 / 05
<i>K</i>
VISTO

2ª CC-MF
FL.

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379

Ementa: BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. SEMESTRALIDADE.

A base de cálculo do PIS é o faturamento do próprio mês de ocorrência do futo gerador.

Solicitação Indeferida”.

Contra o Acórdão, apresentou a interessada o recurso voluntário de fls. 199 a 224, em que repetiu as alegações da impugnação.

É o relatório.

[Assinaturas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17/10/05
<i>K</i>
VISTO

2ª CC-MF
FL.

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO
(VENCIDO QUANTO À PRESCRIÇÃO)**

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

Quanto à questão da compensação, há que se esclarecer que os Conselhos de Contribuintes não têm mais competência para apreciar a matéria, em face da alteração do Regimento, efetuada pelo art. 2º da Portaria MF nº 1.132, de 30 de setembro de 2002. No tocante a este 2º Conselho de Contribuintes, o art. 8º, parágrafo único, foi alterado para o seguinte:

"Parágrafo único. Na competência de que trata este artigo, incluem-se os recursos voluntários pertinentes a:

(...)

II - apreciação de direito creditório dos impostos e contribuições relacionados neste artigo; e

(...)".

No entanto, deve-se observar que somente se caracterizam como vencidos os créditos tributários já apurados (e, portanto, cujos fatos geradores já tenham ocorrido) e ainda não vencidos.

No caso, os pedidos ou declarações de compensação deveriam ser apresentados após a apuração dos débitos, com a especificação do valor a ser compensado.

Feita essa observação, passa-se ao exame do direito creditório.

A respeito do prazo previsto no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, a opinião da doutrina se divide em relação à sua natureza.

No livro "Repetição do indébito e compensação no direito tributário" (MACHADO, Hugo de Brito, coord. São Paulo: Dialética, Fortaleza: Icet, 1999), Hugo de Brito Machado reuniu 21 dos mais renomados tributaristas do Brasil para tratar de matérias por ele propostas, relativamente à repetição de indébito e à compensação, que resultou nos 19 trabalhos publicados no livro.

Relativamente ao prazo do art. 168, I, do CTN, no item 2.2 do questionário formulado pelo insigne jurista, perguntou-se se tratava de prazo de decadência ou de prescrição, que resumiu as opiniões dos vários autores (*opus cit.*, p. 23):

"Quanto à natureza do prazo para pedido de restituição, menores não são as divergências. Que se trata de prescrição, afirmam Paulo Roberto de Oliveira Lima, Hugo de Brito Machado Segundo, Paulo de Tarso Vieira Ramos, Dejalma de Campos, e Aroldo Gomes de Mattos. Carlos Vaz, Vittorio Cassone e Oswaldo Othon, todavia, afirmam tratar-se de decadência."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379

MIN. A FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 17 / 08 / 05
<i>MC</i>
VISTO

2ª CC-MF
FL.

Em sua obra “Decadência e prescrição no direito tributário” (Max Limonad. São Paulo: 2000), Eurico Marcos Diniz de Santi afirma tratar-se de decadência (p. 254) e de prescrição (p. 259).

Luciano Amaro diz o seguinte (Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 398-9):

“Esse prazo é para o solvens pleitear a restituição na esfera administrativa, junto ao próprio accipiens, ou na esfera judicial.

Alguns acórdãos do antigo Tribunal Federal de Recursos suscitaram a questão de saber se, antes do ingresso em juízo, o solvens, necessariamente, teria de esgotar as vias administrativas. Em estudo anterior, pretendemos ter demonstrado que a discussão através de processo administrativo é opção do solves; somente nos casos em que fique demonstrada a inexistência de lide (vale dizer, situações em que o Fisco não oponha nenhum tipo de resistência nem de questionamento ao direito do solvens) é que se poderá discutir a legitimidade do ingresso em juízo, mas, aí, o problema é de condição da ação (interesse de agir) e não o do suscitado exaurimento das vias administrativas.

Caso opte pelo procedimento administrativo e não tenha sucesso, o solvens terá mais dois anos para ingressar em juízo, após a decisão administrativo denegatória de seu pedido.

Mais uma vez aqui o legislador ficou impressionado com os aspectos periféricos da decadência e da prescrição, e, aparentemente, deu ao prazo de cinco anos a natureza decadencial, e ao de dois anos o caráter prescricional. Não vemos razão para isso. Não há motivo lógico ou jurídico para a diversidade de tratamento. De resto, já vimos anteriormente que o elemento distintivo dos casos de prescrição e de decadência deve ser a natureza do direito, e não os detalhes formais com que este possa estar guarnecido.”

É preciso, como ressaltado por Luciano Amaro, estabelecer a distinção entre decadência e prescrição, segundo a natureza do direito envolvido.

Agnello Amorin Filho, professor da Universidade Federal da Paraíba, em artigo publicado na Revista Forense^{1,2}, buscando conceitos delineados por Chiovenda e Pontes de Miranda, debruçou-se num trabalho metódico para estabelecer a distinção entre prescrição e decadência e identificar as ações imprescritíveis.

São conceitos definidos por Chiovenda que dão todo o respaldo para uma distinção verdadeiramente científica entre decadência e prescrição e que permitirão uma análise mais precisa da natureza do prazo para repetição de indébito tributário.

Segundo Chiovenda³, há duas categorias de direitos subjetivos: os direitos a uma prestação e os direitos potestativos (primeiro conceito).

Os direitos a uma prestação, para serem satisfeitos, dependem de uma cooperação do devedor, consistente no pagamento espontâneo da prestação. Enfim, tudo aquilo que esteja

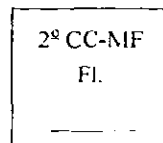
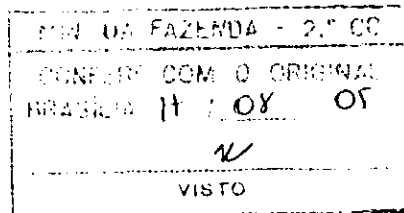
¹ “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. Revista Forense, nº 193, p. 7-37.

² *Apud* Valério, J. N. Vargas. “A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1999, p. 57.

³ Chiovenda, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, 2ª ed., v. 1. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, p. 25-6, 30-3.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379

em posse do devedor e que, por direito, tenha de entregar ao credor encerra um direito a uma prestação.

Já os direitos potestativos, que podem ser exercidos pelo credor segundo sua vontade e, por isso, independem de colaboração do devedor para serem exercidos, são direitos subjetivos que criam, extinguem ou modificam outros direitos subjetivos. Veja-se que há duas características para que o direito seja potestativo: 1) depender apenas da vontade do credor para ser (por ele) exercido; e 2) alterar a relação jurídica entre credor e devedor (criando, alterando ou extinguindo direitos).

Voltando aos direitos a uma prestação, como dependem, para serem satisfeitos, da cooperação do devedor, exigem que o ordenamento jurídico preveja uma forma de o credor proteger seu direito, no caso de não haver cooperação do devedor. Por isso, a cada direito a uma prestação corresponde uma ação que o protege⁴.

Com base na constatação imediata de que o prazo do referido art. 168 do CTN não se refere a direito potestativo, grande parte da doutrina afirma que se trata de prazo prescricional.

De fato, o “direito de pleitear a restituição” na esfera administrativa não é direito potestativo. À primeira vista, poder-se-ia até pensar que fosse, pelo fato de ser direito que pode ser exercido pelo credor de forma independente da vontade do devedor.

O direito à restituição é, obviamente, direito a uma prestação, pois depende da vontade do devedor para ser atendido espontaneamente. Mas o pleito da restituição, que é direito diverso do direito de restituição, não modifica a essência do direito de restituição. Não é do pleito que surge o direito à prestação e o pleito, em si, não altera o direito.

Tanto é que o direito creditório, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 210, de 2002, art. 3º, III, pode ser reconhecido de ofício pelo Fisco.

Então, por isso, o prazo previsto no CTN teria de ser de prescrição. Mas também não é.

Não se pode negar a razão de Luciano Amaro ao afirmar que, em determinadas situações, o contribuinte tem uma verdadeira opção entre requerer administrativamente a restituição ou apresentar ação de repetição de indébitos contra o sujeito ativo.

Mas o art. 168 refere-se, em princípio, a situações que somente permitem pedido administrativo. Nos casos em que tenha havido recolhimento a maior ou indevido, em face da legislação tributária, ou em que tenha ocorrido erro na identificação do sujeito passivo ou, ainda, “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”, em princípio, não haveria resistência do Fisco ao direito do contribuinte, ao menos quando os recolhimentos fossem indevidos de acordo com a interpretação oficial da legislação.

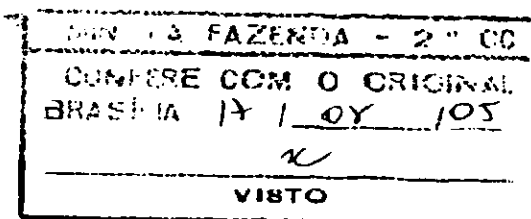
Nessas hipóteses, não existiria interesse processual do contribuinte que justificasse a apresentação de ação judicial. Veja-se que o contribuinte poderia, em tais situações, apresentar pedido eletrônico de restituição, ou declaração de compensação, hipótese em que aproveitaria imediatamente os efeitos de seu direito.

⁴ Vide art. 75 do Código Civil de 1916; art. 189 do atual.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379



2ª CC-MF
Fl.

Ademais, a Receita Federal até mesmo poderia efetuar uma restituição de ofício dos valores recolhidos indevidamente, de acordo com o dispositivo já citado da IN nº 210, de 2002.

Nessa hipótese, não havendo possibilidade de apresentação de pedido administrativo, não há que se falar no prazo do art. 168 do CTN.

Mas, é claro, a possibilidade de apresentação de ação judicial contra a lei que se considere inconstitucional é sempre possível, desde o momento em que a lei é publicada.

Havendo recolhimentos com base na lei, a possibilidade de apresentação de ação de repetição de indébito e o interesse processual do contribuinte são imediatos. Tanto é assim que, para que haja resolução do Senado Federal, é necessário que alguém apresente uma ação contra a cobrança, o que revela que também seja possível a apresentação de uma ação de repetição de indébito.

O prazo prescricional para apresentação da ação de repetição de indébito, no caso, é o previsto no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que previu o prazo quinquenal para todas as ações contra a União.

Esse decreto estava em vigor antes da publicação do CTN e não foi por ele revogado, uma vez que o Código não tratou da matéria de prescrição, nas hipóteses em que o contribuinte não podia apresentar o pedido administrativo. Tratou somente de um prazo de prescrição específico para a ação anulatória da decisão administrativa que denegasse a restituição (art. 169).

Portanto, o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito é de cinco anos, contados da data do recolhimento do tributo.

O pedido administrativo, por sua vez, somente pode versar sobre créditos não prescritos, cabendo, portanto, inteira razão ao Acórdão de primeira instância.

Quanto à semestralidade da base de cálculo da contribuição, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e dos Conselhos de Contribuintes é de que a norma do art. 6º da LC nº 7, de 1970, refere-se à base de cálculo do PIS e não a prazo de recolhimento.

Segundo essa interpretação, o prazo de seis meses insere-se como elemento temporal da hipótese de incidência, de forma que o fato gerador somente ocorre após o esgotamento do prazo.

Essa sistemática vigorou até fevereiro de 1996, a partir de quando foi alterada pela MP nº 1.212, de 1995.

À vista do exposto, voto por não tomar conhecimento do recurso, relativamente à questão da compensação, por negar-lhe provimento, no tocante ao prazo para apresentação do pedido, e por dar-lhe provimento, relativamente à semestralidade da base de cálculo do PIS.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2005.

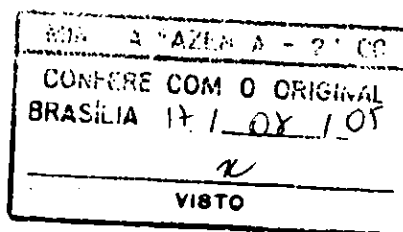

JOSÉ ANTONIO FRANCISCO





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13851.001130/99-02
Recurso nº : 126.734
Acórdão nº : 201-78.379



2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO ROGÉRIO GUSTAVO DREYER
(DESIGNADO QUANTO À PRESCRIÇÃO)

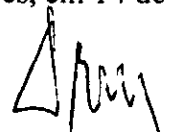
Quanto à matéria litigada - a contagem do prazo para requerer a restituição ou compensação de créditos da contribuinte, calcada nos recolhimentos efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal - tenho sempre me manifestado, quanto à aplicação, como termo *a quo* da contagem do mesmo a data da publicação da Resolução nº 49 do Senado Federal, que suspendeu a execução dos mencionados decretos-leis.

E esta iniciativa, nos termos do Parecer Cosit nº 58, de 26 de novembro de 1998, passou a constituir-se como termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial do direito de pedir a restituição no presente feito perseguida, visto constituir-se no ato que concedeu ao contribuinte o efetivo direito de pleiteá-la.

Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso nesta parte.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2005.


ROGÉRIO GUSTAVO DREYER