



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA TURMA ESPECIAL

Processo nº 13888.001666/2002-69
Recurso nº 154.206 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão nº 2804-00.041
Sessão de 04 de maio de 2009
Recorrente TRANSPORTADORA TURÍSTICA MONTE ALEGRE LTDA
Recorrida DRJ RIBIERÃO PRETO - SP

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PIS

Período de apuração – 04/08/1992 A 10/11/1995

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingui-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

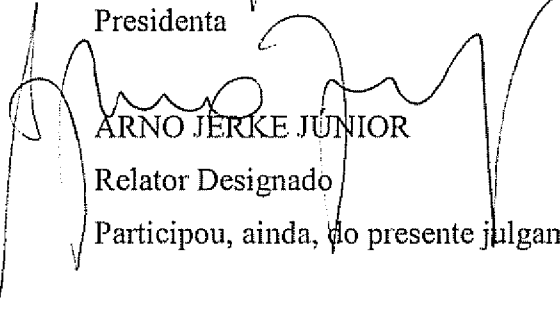
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da QUARTA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidas a Conselheira Renata Auxiliadora Marcheti (Relatora). Designado o Conselheiro Arno Jerke Júnior para redigir o voto vencedor quanto à decadência.


NAYRA BASTOS MANATTA

Presidenta


ARNO JERKE JÚNIOR

Relator Designado

Participou, ainda, do presente julgamento, a Conselheira Magda Cotta Cardoso.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição e compensação de PIS pago indevidamente referente aos períodos de apuração 04/08/1992 a 10/11/1995, tendo sido protocolado na data de 15 de agosto de 2002.

Adoto, por bem lançado, o relatório de fls. 459 e seguinte.

Após apresentação de manifestação de inconformidade em, a interessada recorre a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais por não concordar com a decisão que julgou decaído seu direito de ressarcimento/compensação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira RENATA A. MARCHETI, Relatora

O recurso é tempestivo e há questão preliminar a ser dirimida concernente à decadência do direito do contribuinte.

Tenho votado no sentido de que o prazo extintivo do direito para se pleitear a restituição/compensação de tributos e contribuições sujeitos a lançamento por homologação, quando tal homologação é tácita, deve ser entendido como sendo de 10 (dez anos) após a data em que deveria ter ocorrido o cumprimento da obrigação tributária.

Entendo dessa forma porque tais tributos ou contribuições dependem da referida homologação que, somente pode ocorrer de duas formas – de forma expressa e de forma tácita. A forma expressa da homologação que extingue o crédito tributário depende de manifestação da Fazenda. Já a homologação tácita ocorre após 5 anos da data em que deveria ter sido cumprida a obrigação tributária sem que a Fazenda tenha se manifestado de forma nenhuma.

Dispõe o art. 168, I do Código Tributário Nacional que "o direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de 05(cinco) anos, contados, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário."

Ocorre que em se tratando de tributos ou contribuições sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a extinção do crédito tributário somente ocorre com a formal homologação do procedimento adotado pelo contribuinte, pela autoridade fiscal ou, no caso de inexistência desta homologação expressa, com o decurso de 05 anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150 e §§ do Código Tributário Nacional.

Não tendo ocorrido a homologação expressa, o prazo prescricional de 5 anos inicia-se após o decurso dos 5 anos em que ocorre a homologação tácita; em conclusão, à falta de homologação expressa, ocorrerá a prescrição apenas dos recolhimentos indevidos anteriores a 10 anos da data do pleito.

Ressalte-se que se trata de prazo legal, de forma que o prazo prescricional flui a contar da data da homologação expressa ou tácita, por isso mesmo sendo irrelevante a data em que o tributo venha a ser declarado como inconstitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.



Nesse sentido é a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assentada por sua Colenda 1ª Seção após longo período de controvérsias:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS N. 2.445/88 E 2.449/88. COMPENSAÇÃO. PIS. LEI N. 8.383/91. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. CERTEZA E LIQUIDEZ DOS CRÉDITOS. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

(...) 7. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

(...) (STJ - 2ª Turma, unânime. RESP 739036, Processo: 200500543282 / PE. J. 24/05/2005, DJ 22/08/2005, p. 252. Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. LC 07/70. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

(...) 6. Versando a lide tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da ação de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos deve obedecer o lapso prescricional de 5 (cinco) anos contados do término do prazo para aquela atividade vinculada, a qual, sendo tácita, também se opera num quinquênio.

7. O E. STJ reafirmou a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo a quo do prazo prescricional, nas causas in foco, pela sua Primeira Seção no julgamento do ERESP nº 435.835/SC, restando irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo E. STF.

8. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo.

(...) (STJ - 1ª Turma, RESP 657230, Processo: 200400574694 / MG, J. 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 133. Rel. Min. JOSÉ DELGADO)



Assim, em se tratando de direito de compensação e/ou restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não havendo homologação expressa (o que de regra acontece), na prática a prescrição se dá pelo prazo de 10 (dez) anos a contar da data do fato gerador e seu termo final deve ser verificado em relação à data da propositura da ação ou do pedido administrativo.

Neste feito, cumpre decidir se cabe a compensação de interesse da postulante.

Primeiramente, está pacificado o entendimento de que a contribuição ao PIS, prevista originariamente pela Lei Complementar nº 7/70, foi recepcionada pelo atual regime constitucional com natureza previdenciária (em razão da sua destinação constitucional), conforme expressa referência do art. 239 da CF/88, sendo irrelevante não se enquadrar dentre aquelas previstas no artigo 195, inciso I e, ainda, não devendo obediência ao disposto no art. 154, inciso I.

Por outro lado, o C. Supremo tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 (RE 148.754, Rel. Min. Carlos Velloso), diplomas que tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução nº 49/95 do Senado Federal, deixando-se também assentado que uma vez afastada a eficácia destes diplomas legais permaneceu em vigor a legislação anteriormente aplicável, com inúmeros precedentes nesse sentido, a exemplo do que segue:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 55-II DA CARTA ANTERIOR. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445 E 2.449, DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo aquele, mais largo, das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC nº 8/77 (RTJ 120/1190).

II - Trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969). Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS.

(STF, Pleno. RE 148754 / RJ. J 24.06.93. DJ 04-03-1994, p. 3290; EMENT 1735-02, p. 175. Rel. Min. Carlos Velloso)

Cumprir analisar as restrições impostas ao reconhecimento do direito de compensação em debate, primeiramente abordando a questão de sua constitucionalidade.

Afirma-se que a compensação tributária seria ilegal, por instituir uma compensação ilegal e genérica, chocando com o disposto no art. 170 do CTN e também por violar o princípio da igualdade, ante o não respeito à ordem dos precatórios.

Não tem lógica esta tese, pois o que se visa com a compensação é exatamente a busca da isonomia entre os contribuintes.

Os contribuintes que desobedeceram o comando legal, deixando de recolher o tributo inconstitucional, permanecerão sem qualquer perturbação do Poder Público, tendo em vista as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal. Não admitir a compensação tributária seria conferir tratamento iníquo exatamente àqueles que, de boa fé, se sujeitaram à norma inconstitucional. Estas são as palavras de Roque Antônio Carrazza, em artigo que trata da compensação tributária prevista no artigo 66 da Lei 8.383/91, publicada em Processo Tributário, RT, 1994, p. 222: "*Estamos convencidos de que só com a plena compensação, nos termos propostos neste artigo, prestigiar-se-á o magno princípio da*



igualdade. Com efeito, o contribuinte que 'fez justiça pelas próprias mãos', agora, diante da supra-referida decisão do Supremo, não mais, ao que tudo sinaliza, será molestado pelo fisco. As diferenças a maior que ele deixou de recolher, não lhe serão exigidas. Se eventualmente isto se der (porque, repetimos, tal decisão não tem, ainda, efeitos erga omnes), decerto o Poder Judiciário acolherá seu chamamento. Já, pelo contrário, o contribuinte exemplar, vale dizer, o que pagou o tributo com todas as majorações (ao depois consideradas inconstitucionais) ver-se-á, agora - a prevalecer o entendimento fazendário -, compelido a ir ao Judiciário para repetir o indébito. Desnecessário enfatizar o quão problemáticas e demoradas têm sido estas ações. Ora, não faz sentido - além de ser profundamente iníquo - que o contribuinte exemplar, se veja punido, exatamente porque aceitou a presunção (juris tantum) de que as leis tributárias são constitucionais."

Assim o instituto da compensação é constitucional e atende aos princípios mais nobres de justiça e isonomia.

Segundo minha linha de entendimento, entendo que pedidos relativos aos períodos acima mencionados devem ser apreciados, tanto pelo fato de que não existe direito decaído ou pedido prescrito quanto pelo fato de que é perfeitamente admissível a compensação administrativa dos tributos pagos devidamente quando certa legislação era tida como constitucional e que, num momento posterior, foi declarada inconstitucional, tornando, via de consequência, indevido o pagamento antes feito.

Cabe agora analisar se, nos autos em tela, está comprovada a existência dos pagamentos ditos indevidos.

Não é o que se vê.

Está devidamente juntado aos autos não só planilha que evidencia o que se pleiteia como também cópias autenticadas das guias recolhidas. No entanto, falta nos autos comprovação do quanto era efetivamente devido pelo contribuinte. Assim sendo, falta no presente processo comprovação cabal do direito creditório do contribuinte.

A requerente estaria sujeita à apuração do PIS-Faturamento conforme Lei 7/70.

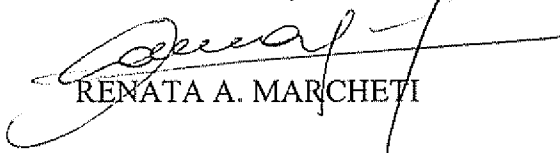
Ocorre que dos documentos apresentados o contribuinte não logrou comprovar que houve recolhimento a maior de PIS, sendo que a planilha apresentada não faz prova cabal do direito do recorrente. Somente se tivesse a recorrente juntado aos autos documento comprobatório do quanto era efetivamente devido teríamos condições de, confrontando com o quanto foi pago, apurar o valor a ser restituído.

Assim sendo, impossível de se acolher o pleito do contribuinte.

É sabido que a correta instrução do processo administrativo é obrigação do postulante, sob pena de se exigir que a fazenda faça prova contra si mesma. Como não cumpriu seu ônus o recorrente, não há como prover o pedido do recurso.

Isto posto, afasto a preliminar de decadência ou prescrição e, no mérito, nego provimento ao recurso, por falta de prova do direito do contribuinte.

Sala das Sessões, em 04 de maio de 2009.


RENATA A. MARCHETTI

Voto Vencedor

Conselheiro Arno Jerke Júnior, Relator Designado

Com todas as vênias, ousou em divergir de Vossa Senhoria, tão somente no tocante o reconhecimento da decadência do direito do contribuinte de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

O prazo estabelecido para se exercer o direito de se pleitear restituição, estabelecido pelo CTN encontra-se disposto nos arts. 165, inciso I, e, 168, inciso I, in verbis :

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 §4º do artigo 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;

(...)

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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário (grifei);

Pelo exame dos dispositivos transcritos, constata-se que se extingue com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de recolhimento 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.

Resta, pois, determinar precisamente a data de extinção do crédito tributário. Quanto a isso o Código Tributário Nacional (CTN) em seu art. 156, assim dispõe:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º; (grifei)

A contribuição para o COFINS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação. Portanto, a extinção do crédito tributário na espécie ocorre nos termos do CTN, art. 156, VII. No entanto, o mencionado dispositivo não permite precisar se a data da efetiva extinção do crédito seria a do pagamento ou da homologação. Para tanto, é necessário recorrer ao CTN, art.150, § 1º:

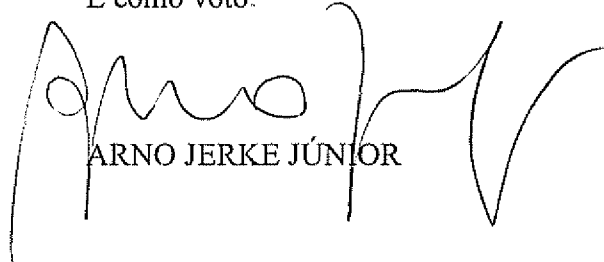
Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.



§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos desta lei extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. (ressaltei)

Logo, adotando posição oposta à da nobre Conselheira-Relatora, adotando as cautelas de praxe, insurjo-me à tese anteriormente esposada e voto pela improcedência do recurso voluntário da parte, reconhecendo o advento da decadência do direito em reclamar a restituição dos tributos pagos no período superior a um lustro.

É como voto.



ARNO JERKE JÚNIOR