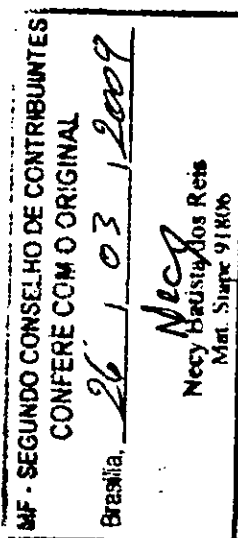




**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº 19740.000195/2005-75
Recurso nº 151.891 Voluntário
Matéria PIS; RESTITUIÇÃO; PRESCRIÇÃO
Acórdão nº 204-03.670
Sessão de 04 de dezembro de 2008
Recorrente BRADESCO SEGUROS S/A
Recorrida DRJ no Rio de Janeiro II/RJ



ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/04/2000

RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. DECADÊNCIA.

O direito à restituição de tributos pagos a maior ou indevidamente, seja qual for o motivo, extingue-se no prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário pelo pagamento, a teor do art. 168, I do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 165 do mesmo código. A regra se aplica mesmo aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, consoante interpretação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, cuja aplicação retroativa se dá por ser expressamente interpretativa nos termos do art. 106 do CTN.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Júnior e Leonardo Siade Manzan. Designado o Conselheiro Júlio César Alves Ramos para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral pela Recorrente a Dra. Joana Paula G. M. Batista.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS
Redator Designado

Processo nº 19740.000195/2005-75
Acórdão n.º 204-03.670

MP - SEGUNDO CONSELHO DE CONSTITUIÇÃO
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy
Necy Baústa dos Reis
Mat. Sipe 91806

CC02/C04
Fls. 427

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nayra Bastos Manatta, Sílvia de Brito Oliveira e Marcos Tranchesi Ortiz.

[Handwritten signature]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	26 / 03 / 2009
	
Nely Baústa dos Reis	
Mat. Sijpe 91806	

Relatório

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, adoto e passo a transcrever o relatório da DRJ no Rio de Janeiro II/RJ, *ipsis literis*:

"Trata o presente processo de pedido de restituição, apresentado à fl. 01, através do qual a Interessada requer o reconhecimento do direito ao crédito no valor de R\$ 2.364.827,22, referente a importâncias que teriam sido recolhidas em valores superiores aos efetivamente devidos, a título de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, referentes aos fatos geradores ocorridos nos meses 01/2000 (recolhimento em 15/02/2000) a 04/2000 (recolhimento em 15/05/2000).

2. No Pedido de Restituição em tela, alega a Interessada no Quadro 02 - Motivo do Pedido, que:

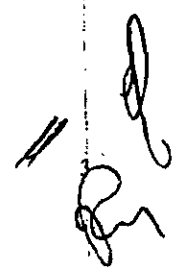
2.1 O Pedido de Restituição foi apresentado manualmente em virtude de os recolhimentos terem sido efetuados há mais de 5 (cinco) anos da data de seu protocolo, o que impossibilita a utilização do PER/DCOMP;

2.2 O art. 165 do CTN assegura o direito à restituição dos tributos pagos indevidamente ou a maior que o devido pelos contribuintes, sendo que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do direito de pleitear a sua restituição somente ocorre após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita, conforme dispõe o art. 168 c/c o art. 150, § 4º do CTN;

2.3 Neste sentido é a jurisprudência pacífica do STJ sobre a matéria, que inclusive já decidiu que o art. 3º da LC nº 118/2005 não tem caráter meramente interpretativo, tratando-se de norma jurídica nova que só produzirá efeitos a partir de 09/06/2005;

2.4 A Requerente efetuou recolhimentos da Contribuição para o PIS nos meses 01/2000 a 04/2000 nos termos da Lei nº 9.718/1998. Ocorre que o plenário do STF já assentou o entendimento de que o fundamento de validade daquela contribuição reside no art. 239 da CF, que a recepcionou tal como prevista pelas Leis Complementares nºs 7/70 e 8/70, de modo que o regime legal estabelecido por aqueles diplomas legais não poderia ser alterado por norma infraconstitucional. Assim, tem direito a Requerente à restituição dos valores pagos indevidamente a título de PIS que excedeu ao que seria devido à alíquota de 5% do imposto de renda devido, como estabelecido pela LC nº 7/70, diante da inconstitucionalidade da exigência;

2.5 Admitindo-se para argumentar que se entenda que a Contribuição para o PIS tem fundamento de validade no art. 195 I, da CF, de qualquer modo a Lei nº 9.718/1998 foi publicada e entrou em vigor antes da edição da EC nº 20/1998, quando o inciso I do art. 195 da CF/1988 só autorizava a instituição de contribuição social sobre o faturamento, que conforme jurisprudência do STF corresponde a



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy
Necy Baústa dos Reis
Mat. Supl. 91806

"receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços" (RE 150.755/PE). Nessas condições, tem direito a Requerente quando menos à restituição dos valores pagos indevidamente a título de Contribuição para o PIS sobre outras receitas que não aquelas, diante da inconstitucionalidade da exigência.

3. De conformidade com o Parecer nº 030/2005 (fl. 259 a 263), através do Despacho Decisório de fl. 264, o Delegado da Demf/RJO, utilizando-se da atribuição conferida pelo art. 250, inciso XX, do Regimento Interno da SRF, aprovado pela Portaria/MF nº 30, de 25/02/2005, considerou inepto o Pedido de Restituição de fls. 01.

4. A Diort/Deinf/RJO, por meio do Parecer nº 030/2005, assim se manifestou:

4.1 O pedido em tela não traz como fundamento lei nova que tenha modificado a lei instituidora da obrigação de pagar o tributo, nem sequer ação judicial que a Contribuinte seja parte e que tenha, no curso desta, sido declarada a inconstitucionalidade daquela lei. Portanto, não há nenhum direito a assistir o pedido formulado em favor da instituição financeira petionante;

4.2 No caso sob análise, há previsão legal, expressa e vigente da imposição tributária a que a Contribuinte alega não se submeter. Desta feita, como o pedido em tela não se ampara em direito atual, é impossível se desenvolver atividade procedimental, mais especificadamente, emitir parecer conclusivo sobre algo indefinido ou inexistente, qual seja, o direito creditório;

4.3 Nesse passo, é forçoso concluir que o pedido é juridicamente impossível, impedindo, desse modo, o início da atividade procedimental a que se submeteria um típico pedido de restituição;

4.4 Com base nos artigos 267, inciso VI, e 295, inciso I e parágrafo único, inciso III, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 - CPC, e considerando que a Interessada pleiteou a restituição sob a égide de matéria não definitivamente julgada, e que a mesma não é parte integrante das ações judiciais cujos recursos judiciais estão sendo apreciados no STF, deve o Pedido de Restituição de fl. 01 ser CONSIDERADO INEPTO, vez que de "Pedido de Restituição" não se trata; e

4.5 Ante a inexistência, no presente caso, de direito creditório passível de restituição e/ou compensação, tendo em conta as razões já expostas, o presente processo administrativo não trata, em verdade, de restituição, não podendo seguir o rito estatuído por meio do Decreto nº 70.235/72. É de se aplicar, no presente caso, o estabelecido nos artigos 56 e seguintes da Lei nº 9.784, de 29/01/1999.

5. Cientificada em 29/06/2005 (fl. 323) a Interessada, inconformada, ingressou, em 11/07/2005, com a manifestação de inconformidade de fls. 266 a 304, na qual:

5.1 Preliminarmente, requer que a petição apresentada seja recebida como manifestação de inconformidade e encaminhada à DRJ para apreciação, pelos seguintes fundamentos:

5.1.1 A Lei nº 9.784/1999 apenas "estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	26 / 03 / 2009
Necy Necy Bausta dos Reis Mat. Sinepe 91806	

indireta" (art. 1º), ressaltando ela própria que "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei." (art. 69);

5.1.2 Ao processo administrativo Tributário aplicam-se os preceitos do Decreto nº 70.235/1972 - PAF, e, subsidiariamente, os da Lei nº 9.784/1999;

5.1.3 O art. 224 da Portaria MF nº 30, de 25/02/2005, dispõe sobre a competência das DRJ para julgar, em primeira instância, a manifestação de inconformidade do sujeito passivo contra apreciações dos Inspectores e dos Delegados da Receita Federal em processos administrativos relativos à restituição. Tal disposição já constava da Portaria SRF nº 3.608/1994. Também o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 17, de 15/06/1999, reconheceu a referida competência;

5.1.4 Sendo os atos normativos em questão vinculantes para as autoridades administrativas, dúvida não há quanto ao direito da Impugnante/Recorrente à apresentação de Manifestação de Inconformidade a ser apreciada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento;

5.1.5 Certamente porque ciente desses atos normativos, o ilustre Delegado da Deinf/RJO sustenta o não cabimento da referida manifestação de inconformismo ao fundamento de que o presente processo administrativo não trata de restituição, ante a inexistência de direito creditório passível de restituição/compensação e devido à impossibilidade jurídica do pedido;

5.1.6 Não pode a autoridade administrativa por conta própria estabelecer distinções não feitas pelas normas que regem a competência para apreciação do inconformismo do contribuinte, impedindo assim o controle de legalidade de seu ato pela DRJ e, o que é mais grave, pelo Conselho de Contribuintes em 2ª instância;

5.1.7 Ao prevalecer tal entendimento bastaria à autoridade administrativa alegar a "impossibilidade jurídica do pedido" (como, por exemplo, nos casos em que entende já ter decorrido o prazo para se pleitear a restituição, contado do pagamento indevido) para com isso impedir que a questão seja submetida à apreciação do Conselho de Contribuintes (que, no caso exemplificado, entende que o prazo só se inicia com o reconhecimento da inconstitucionalidade do tributo pela Administração);

5.1.8 No caso concreto, o impedimento de que a questão seja no futuro apreciada pelo Conselho de Contribuintes é ainda mais grave quando se constata, que existe farta doutrina e diversas decisões, tanto do próprio Conselho de Contribuintes como de outros Tribunais Administrativos, reconhecendo a possibilidade de serem proferidas, em casos concretos, decisões embasadas na inconstitucionalidade de uma norma legal. A própria PGFN reconhece a possibilidade de o Conselho de Contribuintes aplicar o entendimento firmado no Judiciário no curso do processo administrativo;

5.1.9 Independentemente de qual seja o fundamento pelo qual eventualmente venha a ser negado o pedido de restituição formulado (presunção de constitucionalidade das leis, decurso de prazo, etc.);

[Handwritten signature]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26, 03, 2007
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. Sign: 91X06

qualquer decisão a este respeito consubstancia sempre uma decisão de mérito que pressupõe o conhecimento do pedido, e deve necessariamente sujeitar-se ao rito próprio;

5.2 Alega como razões de impugnação que:

5.2.1 O Pedido de Restituição que deu origem ao presente processo tem por objeto a Contribuição para o PIS relativa aos meses 01/2000 a 04/2000, indevidamente recolhida nos termos da Lei nº 9.718/98;

5.2.2 O ilustre Delegado da Deinf houve por bem indeferir o Pedido de Restituição embasando-se na premissa de que enquanto não julgado inconstitucional pelo STF o art. 3º da Lei nº 9.718/1998, com efeitos erga omnes seria juridicamente impossível o pedido formulado;

5.2.3 O pedido formulado pela Impugnante não está fundamentado em uma possível decisão futura do STF, mas sim única e exclusivamente na inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, como demonstrado com base na jurisprudência daquele Tribunal. A referência feita ao julgamento atualmente em curso naquele Tribunal teve por objetivo apenas reforçar a procedência do pedido formulado, tendo em vista os votos já proferidos sobre a matéria;

5.2.4 Os artigos 267, VI e 295, III (sic), do CPC, que tratam da possibilidade jurídica do pedido, são manifestamente inaplicáveis ao caso, como o evidencia a própria jurisprudência do STJ invocada pelo r. despacho decisório, que entende como possibilidade jurídica do pedido a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa;

5.2.5 No caso concreto não só inexistente vedação à pretensão da Impugnante, como ao contrário encontra a mesma amparo no art. 165, I do CTN, que assegura o direito à restituição de valor pago indevidamente de forma espontânea em face da legislação tributária aplicável, aí obviamente compreendida a norma constitucional que outorga e delimita a competência tributária;

5.2.6 A possibilidade jurídica do pedido não se confunde com a sua procedência ou improcedência, sendo irrelevante para este fim se o Poder Judiciário já apreciou ou não a matéria;

5.2.7 Os Tribunais Administrativos podem e devem decidir sobre matéria constitucional, mesmo que a jurisprudência judicial ainda não esteja pacificada, tendo em vista o direito de ampla defesa inserto no art. 5º, inciso LV da CF/1988. Para sustentar a sua tese transcreve entendimento do Conselho de Contribuintes sobre a matéria, como também da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e da Doutrina;

5.2.8 A PGFN expressamente reconhece, através do Parecer PGFN nº 439/96 a possibilidade de que aos processos administrativos em curso seja aplicada a jurisprudência que venha a se pacificar no Judiciário;

5.2.9 Por força do art. 239 da CF, a União Federal só pode exigir a Contribuição para o PIS nos termos da LC 7/70, que para as empresas

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	26 / 03 / 2009
Necy	
Necy Batista das Reis	
Mat. Sign: 91806	

não vendedoras de mercadorias prevê como base de cálculo o imposto de renda devido;

5.2.10 Assim, é inconstitucional a alteração e ampliação da base de cálculo da Contribuição para o PIS veiculada pela Lei nº 9.718/1998, devendo ser reconhecido o direito da Impugnante/Recorrente à restituição do que recolheu a maior em comparação ao que seria devido nos termos da LC nº 7/70;

5.2.11 Não infirmam as conclusões acima o advento da EC nº 20/98 porque o fundamento de validade da Contribuição para o PIS não é o art. 195, I, da CF/88, mas o art. 239 da mesma Constituição, sendo certo, ademais, que a EC nº 20/98 é posterior a ambas as Leis em questão;

5.2.12 Mesmo que se entenda que o fundamento de validade do PIS seria o art. 195, I, da CF/88, e não o art. 239, como acima exposto, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim a ampliação da base de cálculo da Contribuição para o PIS promovida pela Lei nº 9.718/98 seria igualmente ilegal e inconstitucional por extrapolar a competência constitucionalmente outorgada pelo próprio art. 195, I, só podendo ser a contribuição exigida da Impugnante/Recorrente nos termos da LC nº 7/70, quando menos, sobre seu efetivo faturamento, assim entendida a "receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços";

5.2.13 Faturamento é conceito de Direito Comercial que de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência do STF corresponde à receita bruta tal como definida pela LC nº 70/1991, substancialmente idêntica ao disposto no DL 2.397/1987, art. 22, alínea "a", não podendo ser alterado pela legislação tributária por força do disposto no art. 110 do CTN;

5.2.14 Não infirma as conclusões acima, antes as confirma, o advento da EC 20/98, porque promulgada posteriormente à publicação da Lei nº 9.718/1998, reconhecendo que à época de sua edição a União Federal não possuía competência para instituir contribuição sobre receitas, mas apenas sobre o faturamento; e

5.2.15 Dívida não resta, portanto, quanto ao direito da Impugnante/Recorrente à restituição dos valores pagos a maior em comparação ao que seria devido nos termos previstos pela LC nº 7/70, à alíquota de 5% do imposto de renda devido, ou, quando menos, sobre seu efetivo faturamento, assim entendida "a receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços".

6. Por fim, requer a Impugnante seja reformada a decisão recorrida com o deferimento da restituição pleiteada.

7. Ao apreciar o recurso de fls. 266 a 304, o Delegado da Deinf/RJO, à fl. 324, manteve o entendimento exteriorizado através do Parecer nº 030/2005 e respectivo Despacho Decisório (fls. 259 a 264), encaminhando o processo à SRRF/7ª Região, para que fosse apreciado o recurso interposto.

8. No despacho de fls. 325 a 327, em análise da preliminar argüida pela Impugnante, o Superintendente da 7ª RF concluiu que não teria competência para julgar processo administrativo relativo à restituição e compensação de tributos e contribuições federais

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26, 03, 2009
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. Sijpc 91806

administrados pela RFB, posto que tem rito próprio (PAF) e que a Lei 9.784/1999 é de aplicação subsidiária."

A DRJ no Rio de Janeiro II/RJ indeferiu o pleito da contribuinte, em decisão assim ementada:

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. NÃO CABE DESCONSIDERAÇÃO.

Dentre as normas que disciplinam a restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal, inexistente qualquer comando para que seja desconsiderado o pedido de restituição tido como juridicamente impossível.

PROCESSO RELATIVO À RESTITUIÇÃO. SUBMISSÃO AO DECRETO Nº 70.235/1972.

O processo administrativo relativo à restituição submete-se ao rito processual previsto no Decreto nº 70.235/1972.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. RECOLHIMENTO CONFORME NORMA TRIBUTÁRIA APLICÁVEL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Tendo sido o recolhimento efetuado nos exatos termos da norma tributária aplicável, não tendo a Contribuinte provimento judicial que afaste a aplicação da referida norma e estando esta ainda incluída em nosso ordenamento jurídico, não há que se falar na ocorrência de pagamento indevido. Inexistindo previsão legal para restituição de créditos tributários devidos e regularmente recolhidos, é de se considerar juridicamente impossível eventual pleito formulado neste sentido.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA LEGAL.

As arguições de inconstitucionalidade não são oponíveis na esfera administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário apreciá-las.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/04/2000

PIS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DECADÊNCIA.

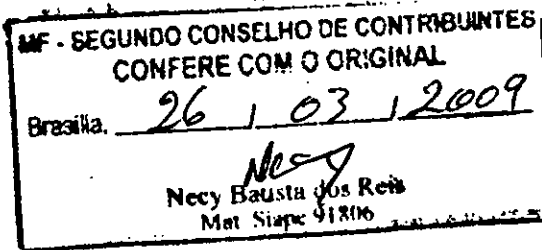
O direito de pleitear a restituição de tributo pago em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, assim entendida como sendo a do pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Solicitação Indeferida

Irresignada com a decisão de Primeira Instância, a contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário reiterando os termos de sua Manifestação de Inconformidade.

É o Relatório.





Voto Vencido

Conselheiro LEONARDO SIADE MANZAN, Relator

O presente litígio trata de Pedido de Restituição de indébito da Contribuição de Integração Social – PIS, em razão da inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, a qual promoveu o alargamento da base de cálculo da referida contribuição.

Primeiramente, cumpre analisar questão prejudicial à apreciação do mérito da pretensa restituição, visto que a decisão proferida em Primeira Instância reconheceu a prescrição do direito do contribuinte de pleitear a repetição do indébito, por já ter transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do pagamento.

No entanto, a jurisprudência administrativa e judicial tem sustentado a posição de que, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não tendo havido homologação expressa, a extinção do direito de pleitear a restituição somente ocorrerá após decorridos 5 anos, contados da data da homologação tácita. Ou seja, o prazo prescricional do direito de repetir o indébito tributário inicia-se a partir da homologação do lançamento ou, se inerte o fisco, após o término do prazo de cinco anos a que se refere o § 4º do Art. 150 do CTN.

No tocante ao art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, corroboro com o entendimento de que o disposto no citado diploma legal, de 09 de fevereiro de 2005, é inaplicável aos fatos geradores antecedentes a sua vigência, a qual somente teve início após 120 dias contados da publicação, a teor do artigo 4º insculpido na indigitada norma.

Aliás, este é o entendimento uníssono no E. STJ, conforme ementa abaixo transcrita:

"TRIBUTÁRIO. PIS. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. LC Nº 118/2005. ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. NÃO-APLICAÇÃO RETROATIVA. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE ESPECIAL (AI NOS ERESP Nº 644736/PE).

1. Uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

2. A ação foi ajuizada em 06/07/1994. Valores recolhidos, a título de PIS, entre 10/88 e 12/93. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 07/1984) e o do ingresso da ação em

*H. Q.
R.*

Brasília, 26/03/2009

Necy Baústa dos Reis

Mat. Signat. 918106

CC02/C04
Fls. 435

juízo, o prazo de ~~10 (dez) anos~~. ~~Inexiste prescrição~~ sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, ao julgar os EREsp nº 327043/DF, em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida LC. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a citada norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se sua incidência às hipóteses verificadas após sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

4. "O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (EResp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Referendando o posicionamento acima recorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

6. Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelas partes litigantes.

7. Recurso especial provido. (REsp 988362 / SP; Ministro JOSÉ DELGADO; PRIMEIRA TURMA; 20/11/2007; DJ 12.12.2007 p. 414)

Na hipótese dos presentes autos, em que ocorreu a homologação tácita, a empresa teria o seu direito de pedir a restituição do indébito assegurado, pelo prazo de 10 anos (5 + 5), contados da ocorrência do fato gerador.

O Pedido de Restituição constante da fl.01 foi apresentado em 08 de junho de 2005. Sendo assim, todos os recolhimentos constantes destes autos seriam passíveis de restituição, por se encontrarem dentro do prazo prescricional cujo termo inicial é a ocorrência do fato gerador.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy
Necy Raíssa dos Reis
Mat. Sique 91806

Apesar do julgamento de Primeira Instância ter enfrentado o tema da prescrição, houve a apreciação de mérito do Pedido de Restituição, pelo que, passo a análise da matéria que embasou o pleito, sem por isso, incorrer em supressão de instância.

Conforme anteriormente dito, o presente processo trata de Pedido de Restituição, fundamentado na inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

Assim, entendo que razão assiste à Recorrente.

Ocorre que o Colendo STF (Supremo Tribunal Federal) julgou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS levado a efeito pela Lei nº 9.718/98.

A respeito desse tema, mister citar o voto condutor do Recurso Voluntário nº 129.637:

"Em 29 de outubro de 1998 (DOU de 30/10/98) foi adotada a Medida Provisória nº 1.724, convertida, em 27 de novembro de 1998 (DOU de 28/11/98), na Lei nº 9.718, cujos artigos 2º e 3º pretenderam alterar a bases de cálculo da contribuição ao PIS para a totalidade das receitas.

A ampliação da base de cálculo pretendida pela Lei nº 9.718 citada foi rejeitada pelo e. Supremo Tribunal Federal que, recentemente, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 357950, 390840, 358273 e 346084, em 9 de novembro de 2005, declarou a inconstitucionalidade § 1º do artigo 3º, em razão de ofensa ao disposto no artigo 195, inciso I da Constituição Federal vigente, que determinava, à época da edição da medida provisória e da lei em comento, fossem as contribuições sociais calculadas com base no faturamento, folha de salários ou lucro. Como se pode observar, a base de cálculo do PIS, conforme disposto na Constituição vigente à época da edição da lei não permitia a incidência sobre a totalidade das receitas.

Somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, aprovada em sessão do Congresso Nacional, de 1º de dezembro de 1998 e publicada no DOU de 16/12/98, é que foi modificado o artigo 195, inciso I da CF/88, ampliando a competência para instituição de contribuições sociais sobre a totalidade das receitas.

A exigência das referidas contribuições com base no valor da totalidade das receitas, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999 (90 dias contados da edição da Medida Provisória nº 1.724, com pretendida observância do princípio da anterioridade mitigada, inscrito no § 6º do artigo 195 da CF/88), ofendeu, portanto, o ordenamento jurídico do país, principalmente porque a vigência e a eficácia das leis estão subordinadas a uma condição prévia de existência e validade em nível jurídico.

Receita e Faturamento têm conceitos jurídicos distintos, conforme já havia decidido o e. Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 150.755-1, nos termos do voto do Relator Min. Sepúlveda Pertence, a seguir parcialmente transcrito:

"Resta, nesse ponto, o argumento de maior peso, extraído do teor do art. 28 analisado: não se cuidaria nele de contribuição incidente sobre

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍVEIS
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26/03/2009
Necy Batista dos Reis
Mat. Sinc. 91806

o faturamento - hipótese em que, por força do art. 195, I, se entendeu bastante a instituí-la a lei ordinária - mas, literalmente, de contribuição sobre a receita bruta, coisa diversa, que, por isso, só poderia legitimar-se com base no art. 195, § 4º, CF, o qual, para a criação de outras fontes de financiamento da seguridade social, determinou a observância do art. 154, I, e, portanto, da exigência de lei complementar no último contida." (original não grifado)

No julgamento acima referido, o E. STF entendeu que não havia incompatibilidade no disposto pelo art. 28 da Lei nº 7.738/89 (Finsocial das empresas prestadoras de serviços) com o art. 195, I da CF/88 porque o conceito de receita no primeiro previsto, caso se adotasse o entendimento de que o referido conceito seria aquele definido nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397/97, levaria à inevitável conclusão de que receita bruta seria apenas aquela estritamente decorrente do faturamento.

Acompanhando o voto do Relator, o Min. Moreira Alves assim se pronunciou sobre a específica questão:

(...) parece-me que, por via de interpretação, se possa tomar receita bruta, aqui, como a decorrente de faturamento...

(...)

"Adotando essa interpretação restritiva de receita bruta - e afastando a objeção decorrente do art. 110 do Código Tributário Nacional, pois essa exegese equipara, no caso, a receita bruta à resultante do faturamento, e assim se anolda à Constituição que se refere a este - acompanho, com a devida vênia, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence".

No caso da Lei nº 9.718/98, ora sob censura, sequer havia possibilidade de se adotar uma tal interpretação restritiva, se considerado apenas o texto da lei, porque, de acordo com o disposto nos arts. 2º e 3º, andou mal o legislador no sentido de pretender equiparar ao faturamento a totalidade das receitas: exatamente o contrário do que a ele seria permitido, considerada a restrição do art. 195, I da CF/88:

Art. 2º - As contribuições para o PIS/PASEP e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º - Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Somente com a nova redação do inciso I do art. 195 da CF, dada com a promulgação da EC nº 20 (DOU de 16.12.98), é que passou a ser possível a instituição de contribuição social sobre a totalidade das receitas da pessoa jurídica, sem a necessidade de observância do art. 154, I (lei complementar, etc.), aplicável por remissão expressa do § 4º do art. 195 da CF (competência residual) para os casos de fontes de custeio não previstas no inciso I.

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy Batista dos Reis
Mat. SIAPE 91806

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, proposta pelo Presidente da República, integrantes das Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados da época ficou consignado que:

(...) O D.L. nº 2.397/87, que alterou o DL nº 1.940/82, em seu artigo 22, já havia conceituado a receita bruta do artigo 1º, parágrafo 1º, do mencionado diploma legal como sendo a "receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços", conceito este que coincide com o de faturamento, que, para fins fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas..."(Revista Dialética de Direito Tributário, Ed. Dialética, 1997, pg. 84)

Até a edição da malsinada Lei nº 9.718/98 (que estabeleceu a lógica: faturamento = receita bruta = total das receitas), o conceito receita bruta para fins de PIS e de Cofins foi sempre correspondente ao de faturamento, opinião de consenso nos três poderes da república (a lógica anterior era: faturamento = receita bruta a ele correspondente).

Por outro aspecto, a partir da nova competência outorgada pela Constituição Federal, para a instituição de tributo (as contribuições de financiamento da seguridade social são espécies do gênero tributo) seria necessária a edição de nova lei, sem o que restaria no mundo jurídico, apenas, uma competência outorgada ainda pendente de exercício.

No caso específico, há que se considerar que a EC nº 20 foi aprovada em sessão do Congresso Nacional de 01.12.98, data posterior à de conversão da Medida Provisória nº 1.724 na Lei nº 9.718 (em 27.11.98).

Leo Krakowiak lembra que ... "o Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, já reconheceu que uma regra introduzida na Carta Magna por Emenda Constitucional não convalida vício anterior de inconstitucionalidade. Ao contrário, confirma a inconstitucionalidade do regime anterior ..." ("Grandes Questões Atuais do Direito Tributário" - "A Contribuição para o Finsocial, as Instituições Financeiras e as Empresas Prestadoras de Serviços, Ed. Dialética, 1997, pg. 152)

O vício originário de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718 impossibilitou, portanto, a sua convalidação.

Cumpra observar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é do Supremo Tribunal Federal, cabendo aos órgãos administrativos aplicar o entendimento por ele firmado.

Neste sentido dispõe o Decreto nº 2.346/97, nestes termos:

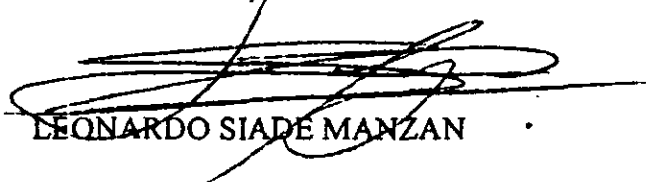
"Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto".

Assim, devem ser excluídas da base de cálculo do PIS todas as demais receitas que não sejam provenientes do faturamento, conforme entendimento firmado pelo STF.

CONSIDERANDO os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento parcial ao presente Recurso Voluntário, para afastar a prescrição, por ter sido protocolizado o pedido dentro do prazo quinquenal contado da homologação tácita do lançamento e para homologar o pedido de restituição, em razão da inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, ressalvado o direito da Fiscalização verificar a legitimidade dos cálculos efetuados pela contribuinte.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2008.


LEONARDO SIADÉ MANZAN

Voto Vencedor

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Redator Designado

Como indicado, o pedido foi formalizado em 08 de junho de 2005 e se refere a recolhimentos efetuados entre janeiro e abril de 2000, mais de cinco anos antes, pois, do ingresso do pedido.

Esta Câmara tem entendimento consolidado no tocante ao prazo de que dispõem os contribuintes para postular restituições de indébitos tributários. Aqui sempre se considera ser ele de cinco anos, mudando apenas o marco inicial segundo o motivo para o reconhecimento do indébito. Com efeito, se ele dependeu da declaração de inconstitucionalidade da lei em que os recolhimentos se fundavam, a maioria da Câmara (na qual não me incluo) entende que o prazo se conta a partir da decisão que a reconheça e seja aplicável ao contribuinte (trânsito em julgado de decisão em ação própria, publicação de decisão definitiva em ADIN ou ADC ou ainda da publicação de Resolução do Senado Federal).

Quando o indébito decorre de erro na apuração do imposto, não contestada a legislação de regência, sempre foi firme o entendimento que toma como marco inicial a data de cada recolhimento efetuado, nos estritos termos dos arts. 165 e 168 do CTN. Afasta-se, por isso, a aplicação da tese conhecida como cinco mais cinco, inicialmente proferida no STJ.

Para esse afastamento discutiu-se, à exaustão, o conceito de condição homologatória presente no art. 150, do CTN, motivo maior para entendimento proferido pelo STJ. Para os que repudiam o entendimento ali esposado (entre ele me incluo) confundiu aquela e. Casa condição homologatória com condição suspensiva.

Hoje, no entanto, desnecessária tal discussão por força da edição da Lei Complementar nº 118/2005, que é enfática em seu art. 3º; veja-se:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy Bastos dos Reis
Mat. Supl. 91806

E que esse entendimento sempre prevaleceu, diz-nos o art. 4º da mesma LC, ao explicitar o seu caráter meramente interpretativo. Confira-se:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Assim, dúvida não cabe mais de que, mesmo nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a extinção do crédito se dá com o pagamento. Resulta afastada assim a tese dos “cinco mais cinco”.

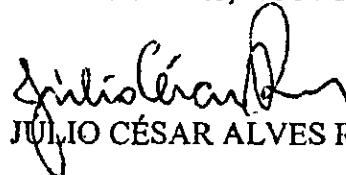
Registro, por fim, que a “interpretação” do STJ, que advoga o início de vigência dessa Lei apenas quatro meses após sua publicação, implica, como já dito no âmbito do STF, declarar inconstitucional o seu art. 4º, ainda que o STJ não o tenha feito expressamente. Não por outro motivo, a matéria foi afetada ao STF devendo ser apreciada pelo seu Pleno.

Até lá, não vemos como se possa deixar de aplicar o comando expresso do art. 4º da referida LC.

Por esse motivo, reiterando seu entendimento, a Câmara repeliu mais uma vez a tese dos cinco mais cinco. Não havendo como aplicar a outra interpretação, dada a inexistência de ação própria, ADIN ou Resolução do Senado Federal, entendeu que o prazo se conta desde as datas de cada recolhimento, exatamente como o decidido em primeiro grau.

Negou-se, desse modo, provimento ao recurso do contribuinte, declarando extinto o seu direito à restituição quando formalizado o pedido administrativo, pela fluência do prazo estatuído no art. 168 do CTN.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2008.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS

A