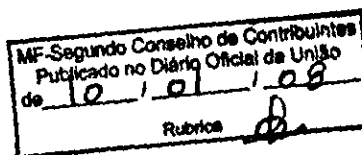




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469



Recorrente : PINGUIM EMPRESA DE TRANSPORTES LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

**PIS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
DECADÊNCIA.**

Cabível o pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior, a título de Contribuição para o PIS, nos moldes dos inconstitucionais Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1998, sendo que o prazo de decadência/prescrição de cinco anos deve ser contado a partir da edição da Resolução nº 49, do Senado Federal.

LC Nº 7/70. SEMESTRALIDADE.

Ao analisar o disposto no art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, 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.

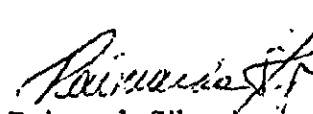
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PINGUIM EMPRESA DE TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, no termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Atulim e Maria Cristina Roza da Costa quanto à decadência.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2005.


Antonio Carlos Atulim
Presidente


Raimar da Silva Aguiar
Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005


Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Antonio Zomer e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
Ausente o Conselheiro Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : PINGUIM EMPRESA DE TRANSPORTES LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe o Acórdão Recorrido de fls. 211/215:

"A contribuinte acima identificada solicitou compensação da diferença entre os valores da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), recolhidos com base nos Decretos-lei nºs 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais, e aqueles apurados de acordo com a Lei Complementar (LC) nº 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações, referentes ao período de 06/1989 a 10/1995, conforme planilha de fls. 53 a 55, com débitos diversos.

Dando prosseguimento ao processo, a DRF/Marília-SP emitiu Despacho Decisório de fls. 169 a 183, indeferindo o pedido de compensação, em parte pelo fato de os pagamentos efetuados até 03/03/1994 terem sido atingidos pela decadência, porquanto o pedido foi protocolizado em 03/03/1999.

Para os períodos não decaídos, a autoridade a quo, por entender que o período de seis meses constante no parágrafo único do art. 6º da LC nº 7, de 1970, que, com a inconstitucionalidade dos citados decretos-lei, voltou a vigorar no período, tratava-se de prazo de recolhimento e foi alterado por leis posteriores, não considerou como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, diferentemente da impugnante. Desta forma, segundo aquela autoridade, não haveria crédito a compensar referente à contribuição ao PIS.

Inconformada com a decisão supra, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 186 a 204, alegando, em síntese que:

- 1. houve equívoco, pois solicitou compensação e não restituição;*
- 2. com a declaração de inconstitucionalidade dos citados decretos-lei a impugnante faz jus aos valores pagos a maior com base nesses atos;*
- 3. após a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, de 1988, e com a vigência da LC nº 7, de 1970, o PIS deve ser calculado com base no faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, sem correção monetária, conforme jurisprudência que cita;*
- 4. conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para os tributos lançados por homologação, como é o presente caso, a extinção do crédito estaria sujeita a uma condição resolutória, qual seja, a homologação, tácita, após cinco anos, ou expressa, por parte do Fisco; assim, o prazo para se pleitear restituição/compensação é de cinco anos, contados da homologação do pagamento, que é quando ocorreria a extinção do crédito; como neste caso não houve homologação expressa, na prática o prazo para se exercer o direito à compensação do indébito seria de dez anos;*
- 5. como o prazo para cobrança do PIS é de dez anos, conforme art. 10 do Decreto-Lei nº 2.052, de 1983, o mesmo prazo se aplicaria aos pedidos de restituição/compensação;*
- 6. que o direito à compensação é garantido pela Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, pelo Decreto nº 2.138, de 29 de janeiro de 1997, e pela Constituição Federal, com base nos seguintes fundamentos: cidadania, justiça, isonomia, propriedade e moralidade; assim, a denegação do pleito afrontaria a Constituição;*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

7. o prazo para os contribuintes reaverem os impostos pagos a maior é de prescrição e não de decadência e que há diferenças entre esses dois institutos, porque esta "diz respeito aos direitos potestativos, que não necessitam de ação para protegê-los, enquanto a prescrição diz respeito aos direitos a uma prestação".

A autoridade singular, por meio do Acórdão DRJ/RPO nº 4.407, de 07 de novembro de 2003 (fl. 209/215), indefere o pleito da requerente, conforme a ementa que abaixo se transcreve:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/1989 a 31/10/1995

Ementa: COMPENSAÇÃO. PIS. INDEFERIMENTO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

PRAZO DE RECOLHIMENTO. ALTERAÇÕES.

Normas legais supervenientes alteraram o prazo de recolhimento da contribuição para o PIS, previsto originariamente em seis meses.

Solicitação Indeferida".

Em 29 de março de 2004 a recorrente tomou ciência do Acórdão, fl. 222.

Inconformada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, a recorrente apresentou, em 26 de abril de 2004, fls. 223/250, recurso voluntário a este Egrégio Conselho de Contribuintes no qual repisa os argumentos expendidos na manifestação de inconformidade e pugna pela reforma da decisão recorrida e o conseqüente deferimento do pedido de compensação dos créditos pleiteados.

É o relatório.

↓



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Cleuza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR RAIMAR DA SILVA AGUIAR

O recurso encontra-se revestido das formalidades cabíveis merecendo, assim ser apreciado.

Pois bem, cabe salientar que para o contribuinte fazer jus ao direito de compensação o crédito apurado deverá ser passível de restituição ou de ressarcimento. Portanto o que deve ser analisado é o direito creditório, ou seja, havendo direito de restituição o direito creditório poderá ser objeto de compensação. A própria DRJ esclarece em seu voto, fl. 212, o que foi dito acima.

Analisando o objetivo do pedido do recurso passo discorrer:

Para a hipótese desses autos, tenho que o prazo prescricional quinquenal deve ser contado (e observado) a partir da edição da Resolução nº 49, do Senado Federal, aliás, como vem sendo acertadamente decidido por este Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda¹.

Sustento e corroboro o entendimento deste Segundo Conselho de Contribuintes na afirmativa de que cabe ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal", nos exatos termos em que vazado o inciso X do art. 52 da Carta Magna.

A declaração de inconstitucionalidade promovida por intermédio de decisão plenária da Corte Suprema, que veio a se tornar definitiva com seu trânsito em julgado, somente passará a ter os efeitos de sua inconstitucionalidade (e aplicação) erga omnes, a partir da legítima e constitucional suspensão pelo Senado Federal. Neste sentido, aliás, posicionam-se de forma firme José Afonso da Silva², Paulo Bonavides³, Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁴, Ricardo Lobo Torres⁵, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares⁶.

¹ "O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/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, pela via indireta." Recurso Voluntário nº 120.616, Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt, Acórdão nº 202-14.485, publicado no DOU, I, de 27/8/2003, pág. 43.

² op. cit., págs. 52 a 54.

³ op. cit., pág. 296.

⁴ op. cit., págs. 102 a 116.

⁵ *Restituição de Tributos*, p. 169, citado por Paulo Roberto Lyrio Pimenta.

⁶ "(...). Isso ocorre, no Direito brasileiro, nos casos de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso. O Senado, como se verá, atua, em tal hipótese, suspendendo a eficácia da lei. Contudo, essa situação só ocorre porque o Supremo Tribunal Federal revela-se, a um só tempo, como Corte Constitucional e último tribunal na escala judicial. No caso específico de decisão proferida em sede de recurso extraordinário, atua como órgão último do Poder Judiciário, e sua decisão só produz efeitos erga omnes após a manifestação do Senado. Já, quando atua como Corte Constitucional, fiscalizando direta e abstratamente a constitucionalidade das leis, sua decisão independe de manifestação senatorial para a produção dos efeitos típicos. Existindo esse controle concentrado da constitucionalidade, não haveria sentido em reconhecer-se a permanência da norma no sistema após o



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Este é o entendimento exarado através do Parecer COSIT nº 58, de 26/11/1998, lavrado nos seguintes termos, *verbis*:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

Ementa: RESOLUÇÃO DO SENADO. EFEITOS.

A Resolução do Senado que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeitos ex tunc.

TRIBUTO PAGO COM BASE EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO. HIPÓTESES. *Os delegados e inspetores da Receita Federal estão autorizados a restituir tributo que foi pago com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, em ações incidentais, para terceiros não-participantes da ação – como regra geral – apenas após a publicação da Resolução do Senado que suspenda a execução da lei. Excepcionalmente, a autorização pode ocorrer em momento anterior, desde que seja editada lei ou ato específico do Secretário da Receita Federal que estende os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todos.*

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA

Somente são passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco anos), contado a partir da data do ato que conceda ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição.

Dispositivos legais: Decreto nº 2.346/1997, art. 1º; Medida Provisória nº 1.699-40/1998; Lei nº 5.172/1966, art. 168.

(...)”.

Este foi, também, o entendimento que afinal prevaleceu na Câmara Superior de Recursos Fiscais, como se vê da ementa a seguir transcrita:

“DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – *Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:*

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal federal em ADIN;*
- b) da Resolução do Senado que confere efeitos erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributos;*
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.” (Acórdão CSRF/01-03.239, de 19/03/2001)*

Assim, e com relação ao caso em concreto, concluo que o prazo prescricional para se pleitear a restituição/compensação, nos moldes como pretendido pela recorrente, é o de 05 (cinco) anos, contados a partir da edição da Resolução nº 49, editada em 09/10/1995, do Senado Federal, - com publicação no Diário Oficial da União, I, em 10/10/1995 - e após decisão

reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo órgão próprio, por meio de ação específica.” (As Tendências do Direito Público – No Limiar de um Novo Milênio, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, Editora Saraiva, págs. 94/95).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

definitiva do Supremo Federal, que declarou inconstitucional a exigência da Contribuição para o PIS, nos moldes dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88⁷.

In casu, o pleito foi formulado pela recorrente em 03/03/1999, portanto, anterior a 10/10/2000, o que afasta a prescrição do referido pedido administrativo.

Passo, então, a enfrentar a discussão destes autos ao reconhecimento, ou não, da aplicação do critério da semestralidade ao PIS.

Assim, calcado nas decisões da CSRF⁸ e também do STJ, entendo que deve prevalecer a estrita legalidade, no sentido de resguardar a segurança jurídica do contribuinte, mesmo que para isso tenha-se como afrontada a melhor técnica tributária, a qual entende despropositada a disjunção de fato gerador e base de cálculo. É a aplicação do princípio da proporcionalidade, prevalecendo o direito que mais resguarde o ordenamento jurídico como um todo.

Aliás, o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, desde 1995, vinha reconhecendo o critério da semestralidade para o PIS, na forma em que reclamada sua aplicação pela ora recorrente⁹.

E o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Primeira Seção,¹⁰ veio tornar pacífico o entendimento impugnado pela recorrente, consoante se depreende da ementa a seguir transcrita:

⁷ "No controle difuso, é inquestionável a eficácia declaratória da pronúncia de inconstitucionalidade, ou seja, a aplicação do princípio da nulidade da norma inconstitucional. Vale notar, a propósito, que a teoria da nulidade surgiu no sistema norte-americano, no qual se adota o controle difuso, e não o abstrato, vale reafirmar.

Assim, a sentença do juiz singular, ou o acórdão do Tribunal, inclusive do STF, que, em sede de controle incidental, reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma, apresentará a eficácia declaratória, eis que estará certificando a invalidade do ato normativo.

Entretanto, no tipo de controle em exame há uma nota de distinção em relação ao modelo concentrado, que reside na eficácia subjetiva da decisão. Logo, a declaração de invalidade não atingirá terceiros (eficácia erga omnes), limitando-se às partes litigantes no processo em que a inconstitucionalidade foi resolvida como questão prejudicial (interna).

De outro lado, a decisão em pauta não apresenta a eficácia constitutiva com idêntico grau evidenciado no controle abstrato, posto que não tem o condão de expulsar a norma do sistema jurídico. Vale dizer, a pronúncia de inconstitucionalidade apresenta a carga eficaz constitutiva em grau mínimo, porque retira a eficácia da norma tão-somente no caso concreto em que se deu a decisão.

No modelo brasileiro de controle de incidental só existe um ato capaz de eliminar a norma inconstitucional do sistema: a Resolução do Senado Federal (CF, art. 52, X).

(...). A origem do instituto explica a primeira função do ato em epígrafe: atribuir eficácia erga omnes às decisões definitivas de inconstitucionalidade do Pretório Excelso, prolatadas no controle incidental.

(...). "(Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Editora Dialética, 2002, p. 92).

⁸ O Acórdão nº CSRF/02-0.871⁸ também adotou o mesmo entendimento firmado pelo STJ. Também nos RD nºs 203-0.293 e 203-0.334, j. em 09/02/2001, em sua maioria, a CSRF esposou o entendimento de que a base de cálculo do PIS refere-se ao faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador. E o RD nº 203-0.3000 (Processo nº 11080.001223/96-38), votado em sessões de junho de 2004, teve votação unânime nesse sentido.

⁹ RV nº 83.778, Ac. nº 101-89.249, sessão de julgamentos em 7.12.1995; e, RV nº 11.004, Ac. nº 107-04.102, sessão de julgamentos em 18.04.1997.

¹⁰ Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 29/05/2001.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Creuza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

"TRIBUTÁRIO – PIS – SEMESTRALIDADE – BASE DE CÁLCULO – CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O PIS semestral, estabelecido na LC 07/70, diferentemente do PIS REPIQUE – art. 3ª, letra "a" da mesma lei – tem como fato gerador o faturamento mensal.
2. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento, de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador – art. 6ª, parágrafo único da LC 07/70.
3. A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.
4. Corrigir-se a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

Recurso Especial improvido."

Portanto, até a edição da MP nº 1.212/95, convertida na Lei nº 9.715/98, é de ser dado provimento ao recurso, para que os cálculos sejam feitos considerando-se como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, tendo como prazos de recolhimento aquele da lei (Leis nºs 7.691/88; 8.019/90; 8.218/91; 8.383/91; 8.850/94; 9.069/95 e MP nº 812/94) do momento da ocorrência do fato gerador.

E a IN SRF nº 006, de 19 de janeiro de 2000, no parágrafo único do art. 1º, com base no decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 232.896-3-PA, aduz que "aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970".

Em face de todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para o fim de declarar que a base de cálculo do PIS deve ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. Contudo, a **averiguação da liquidez e certeza dos créditos e débitos em discussão nestes autos é da competência da SRF**, que fiscalizará o encontro de contas efetuadas pela contribuinte, atendendo, na feitura dos cálculos, a forma declarada.

Os indébitos assim calculados, depois de aferida a certeza e liquidez dos mesmos pela administração tributária, poderão ser compensados com parcelas de outros tributos e contribuições administrados pela SRF, observados os critérios estabelecidos na Instrução Normativa SRF nº 21, de 10/03/97, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa SRF nº 73, de 15/09/97.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para:

- a) reconhecer que não ocorreu a decadência do direito de a recorrente pleitear a restituição do PIS;
- b) determinar que os cálculos do PIS devido sejam realizados, considerando-se como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária; e



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 31/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13833.000028/99-91
Recurso nº : 126.627
Acórdão nº : 202-16.469

Cleuzo Takafuji
Cleuzo Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

c) ressaltar o direito de a Fazenda Nacional conferir todos os cálculos.
É o meu voto.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2005.

Raimar da Silva Aguiar
RAIMAR DA SILVA AGUIAR