



DF CARF MF

D4

Fl. 80

S3-C4T2

Fl. 1.334



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10830.002683/2005-33
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-001.615 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente MOGIANA ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PEDIDO PROTOCOLIZADO DURANTE A *VACATIO LEGIS*. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 62-A, DO RI-CARF.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº. 118/05, considera-se válida a aplicação do prazo reduzido para repetição, ressarcimento ou compensação de indébitos tributários, quanto aos pedidos protocolizados após o decurso do prazo de *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias da publicação da referida Lei Complementar, ocorrido em 09 de junho de 2005, afastando-se a prescrição quanto aos pedidos protocolizados antes desta data, para os quais permanece em vigor o direito de restituir indébitos dos 10 (dez) anos anteriores. Aplicação do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 566.621, Rel. Ministra Ellen Gracie, nos termos do art. 62-A, do RI-CARF.

PIS E COFINS. ART. 3º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 62, §1º, I, do RI-CARF.

A base de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS é o faturamento e, em virtude de inconstitucionalidade declarada em decisão plenária definitiva do STF, devem ser excluídas da base de cálculo as receitas que não decorram da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. Aplicação do art. 62-A do RI-CARF.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2 200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Impresso em 30/05/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

DF CARF MF

Fl. 81

PIS E COFINS. ART. 3º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. ÔNUS DA PROVA A CARGO DO CONTRIBUINTE.

Para ter direito ao deferimento do pedido de restituição dos valores pagos indevidamente a título de contribuições ao PIS e a COFINS, fruto da inconstitucionalidade do alargamento das bases de cálculo das aludidas contribuições, o contribuinte tem o ônus de provar, através de meios idôneos e capazes, que efetivamente houve o pagamento indevido ou a maior que o devido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Nayra Bastos Manatta - Presidente

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nayra Bastos Manatta, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Gilson Macedo Rosenberg Filho, João Carlos Cassuli Junior, Sílvia de Brito Oliveira e Helder Masaaki Kanamaru.

DF CARF MF

Processo nº 10830.002683/2005-33
Acórdão n.º 3402-001.615

Fl. 82

S3-C4T2
Fl. 1.335

Relatório

Versam estes autos de Pedido de Restituição, mediante o qual o contribuinte tem a pretensão de reaver R\$79.081,34 (setenta e nove mil, oitenta e um reais e trinta e quatro centavos), relativos à Cofins.

O montante corresponderia a valores pagos a maior no período de fevereiro de 1999 a abril de 2000, em decorrência da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do tributo, em virtude da Lei nº. 9.718/98.

Por meio de Despacho Decisório, a unidade de origem entendeu por não reconhecer o direito creditório do contribuinte, indeferindo o pedido de restituição. Alegou, para tanto, que ocorreu a expiração do prazo de 05 (cinco) anos para formulação do pleito; que, por força da atividade vinculada que exerce, não pode deixar de aplicar dispositivo legal vigente, pois a norma reputada inconstitucional continua válida, sob cogitação de inconstitucionalidade; e que, ainda, o pedido não foi acompanhado da necessária comprovação do direito creditório cuja restituição é solicitada.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificado do indeferimento do pedido de restituição em 04/08/2008, o sujeito passivo apresentou Manifestação de Inconformidade, tempestiva, em 26/08/2008 e, em virtude da DRJ ter sintetizado os fatos de maneira clara e eficiente, transcrevo a síntese dos fatos por ela relatados quando da decisão de Primeira Instância:

- a) o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o prazo prescricional de cinco anos para fins de pleito de restituição de valores pagos a maior só se aplica para as ações ajuizadas a partir do advento da Lei Complementar nº. 118, de 2005, valendo, para demandas formuladas até aquela data, como ocorre na espécie, o prazo de dez anos;
- b) a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição veiculada pelo art. 3º da Lei nº. 9.718, de 1998, é matéria pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal; recorta ementa de julgados daquele Tribunal;
- c) a contribuinte já fizera constar do pedido de restituição do demonstrativo do direito de crédito pleiteado, o que torna novamente a fazer, juntando ainda os comprovantes de arrecadação da contribuição paga a maior.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2 200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

DF CARF MF

Fl. 83

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise e atenção aos pontos suscitados pela interessada na manifestação de inconformidade apresentada, a Terceira Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, proferiu o Acórdão de nº. 05-28.251, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/99. VINCULAÇÃO.

Consoante Ato Declaratório SRF 96/99, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeitos a homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Direito Creditório Não Reconhecido.”

Inicialmente, a DRJ alega, como primeira razão para o indeferimento do pleito, o fundamento também aludido pelo despacho Decisório, qual seja, a expiração do prazo de cinco anos para a formulação do pedido.

Aduz que, tanto no Ato Declaratório da SRF nº. 96, de 1999, quanto a interpretação fixada pela LC nº. 118, de 2005, vinculam as autoridades da administração tributária a reputarem como intempestivos os pedidos de restituição/compensação cujos protocolos distem de mais de cinco anos dos pagamentos supostamente indevidos.

Ressalta, ainda, que a interpretação legal a teor do art. 168, I, do CTN, compele a autoridade a entender a extinção do direito de pleitear a restituição como ocorrido após cinco anos do pagamento antecipado.

Conclui, por conta da data do protocolo do Pedido de Restituição ser de 08/06/2005, estar extinto o direito à restituição relativos aos recolhimentos efetivados até 08/06/2000, atingindo, assim, a totalidade do direito creditório posto sob exame.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR. Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA. Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Documento de 29 páginas, assinado digitalmente, pode ser consultado no endereço <https://ca.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de impressão em 30/05/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

Documento nato-digital



DF CARF MF

Fl. 84

Processo nº 10830.002683/2005-33
Acórdão n.º 3402-001.615

S3-C4T2
Fl. 1.336

Por conta de o contribuinte ter o direito de ver discutidos tudo o que foi atacado em sede de manifestação de inconformidade, a DRJ passou aos outros fatos alegados pela contribuinte em sua defesa.

Quanto a discussão acerca da jurisprudência do STF sobre a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718/98, ressalta que a vinculação do agente administrativo só deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo STF em apreciação de ação direta. O que não ocorre no caso em discussão, pois o pronunciamento se deu no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Assim, a extensão dos efeitos da decisão à universalidade dos contribuintes depende de Resolução do Senado Federal ou, ainda, de autorização do Presidente da República, o que ainda não ocorreu.

Acerca da falta de comprovação do direito creditório alegado, alega que o contribuinte não trouxe, aos autos, documentos que comprovem a liquidez e certeza do crédito pretendido, deixando de apresentar comprovantes de pagamento, bem como reproduzir livros e registros contábeis que atestassem os valores que compuseram a base de cálculo da contribuição e, em sede de impugnação, nenhum documento novo, com esse fim, foi apresentado.

Após todo o exposto, votou no sentido de considerar improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório pleiteado.

DO RECURSO

Ciente em 24/03/2010 do Acórdão n.º. 05-28.251, e não concordando com a decisão proferida pela 3ª. Turma de Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, o contribuinte apresentou em 20/04/2010 Recurso Voluntário a este Conselho.

Após fazer uma síntese dos fatos ocorridos até a data da apresentação do Recurso Voluntário, alegou que, diferente do sustentado pelo Despacho Decisório acerca de a Recorrente não ter acostado, aos autos, memória de cálculo apontando as diferenças que pretendia ver restituído, a Recorrente fez juntar, no ato do protocolo (08/06/2005), documento denominado "Demonstrativo do Cofins – Alargamento da B.C. – Lei 9.718/98", que teve o condão de levar ao conhecimento das autoridades julgadoras, a diferença entre o que foi recolhido a título de faturamento e outras receitas.

Destaca que apesar da tese utilizada pela Autoridade Fiscal (decadência embasada no AD SRF n.º. 96/99), recente decisão da Corte Especial do STJ, de 06 de julho de 2007, por competência determinada no art. 97 da CF, consolidou posicionamento unânime, de que o novo prazo de prescrição de 05 (cinco) anos só seria aplicado em ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2010 e, até a mencionada data, prevalece o prazo prescricional de 10 (dez) anos.

Ressalta que, portanto, o prazo para pedir a restituição de tributos feitos antes de 09 de junho de 2005, como é o caso em discussão, obedece a teoria do cinco mais cinco. Ficariam, assim, afastadas as objeções levantadas pelo Despacho Decisório apoiado no Ato Declaratório 96/99.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2 200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR. Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA. Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

5

DF CARF MP

Fl. 85

Aduz, ao fim, que contrariamente ao entendimento da Autoridade local, a restituição foi pleiteada no prazo legal.

Acerca da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718/98, colaciona diversos julgados e aduz ser matéria já pacificada pela Egrégia Corte Suprema, sendo a primeira de uma lista de seis Súmulas Vinculantes.

Após todo o exposto, requereu que fosse recebido e provido o recurso voluntário, visando a reforma da decisão de primeira instância, acabando por reconhecer o direito à restituição da Cofins recolhida a maior, na forma e nos valores contidos no Pedido de Restituição, com aplicação, ainda, de taxa de juros Selic, na forma da lei.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a este relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 01 (um) Volume, numerados até a folha 56 (cinquenta e seis), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF.

É o relatório.

DF CARF MF

Fl. 86

Processo nº 10830.002683/2005-33
Acórdão n.º 3402-001.615

S3-C4T2
Fl. 1.337

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento.

Da leitura do relatório, têm-se que a questão processual ora analisada afixa-se em pedido de restituição apresentado pelo contribuinte interessado, a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, para o qual a autoridade jurisdicional competente (SEORT da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP) pronunciou seu indeferimento sob o argumento da decadência [1], declarando ainda sua incompetência para apreciar arguição de inconstitucionalidade de Lei [2], embora, ao final, também tenha expressado considerar inexistentes quaisquer provas que materializassem o direito creditório pleiteado pelo contribuinte [3].

Passo, então, a abordar cada um dos fundamentos para o indeferimento do pedido de restituição.

1. Da Prescrição da Restituição Tributária de pagamentos realizados há mais de 05 anos anteriores do Pedido:

Apesar de o instituto referido pela autoridade fiscal ser o da “decadência”, os dispositivos legais que embasaram o despacho proferido, dizem respeito a “*extinção do direito de pleitear a restituição*”, entendo que estamos diante do instituto da prescrição.

Das lições de direito tributário, observa-se que quando a pretensão funda-se no “direito de ação”, ou mais precisamente, quanto à inércia do titular do direito da ação deduzir a referida pretensão, a questão é relativa à “prescrição”. Quando, por outro lado, a controvérsia beira o campo relativo ao direito em si, ou ao decurso do tempo relativo ao exercício ou resguardo do direito subjetivo, a questão pauta-se pela “decadência”.

Neste sentido, as palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho e Eduardo Junqueira Coelho, na obra de coordenadoria do Ilustre Ives Gandra da Silva Martins, intitulada “Decadência e Prescrição” (2ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 79), são valiosas lições para a questão:

“A decadência ou caducidade bem como a prescrição são, no direito tributário brasileiro, institutos do direito material, porque dizem com a perda de direitos subjetivos. No caso da decadência dá-se o perecimento do direito ao crédito tributário em si mesmo, seja ele devido à Fazenda Pública em razão da ocorrência do fato gerador no mundo fático, seja ele devido ao sujeito passivo, por ter direito a crédito indevido já pago, por inocorrência do fato gerador (crédito já pago ou pago a maior). Noutras palavras, o sujeito passivo faz jus ao indébito. No caso

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR. Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA. Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

7

DF CARF MF

Fl. 87

da prescrição o direito que perece é o de agir, por que a Constituição assegura a todos o direito de pedir ao Judiciário o que lhe é devido (direito material ao processo), observados os prazos fixados em lei, porquanto o direito não socorre aos que dormem. (...)" (grifo nosso)

Resta então superado o aspecto terminológico, passando então a expor minhas razões de voto, mas tratando a matéria como prescrição do direito de pleitear o ressarcimento ou a restituição.

Tratando especificamente da questão debatida nos autos, esclareço que independentemente do posicionamento pessoal a cerca da matéria, por força do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, a solução dada ao caso deverá refletir àquela já decidida pelo Supremo Tribunal Federal em caso de repercussão geral ou pelo Superior Tribunal de Justiça, quando em matéria infra-constitucional, reproduzindo o entendimento pacificado pelos Egrégios Tribunais.

No caso em tela, a análise quanto o prazo prescricional para pedir a restituição de valores perante a Administração Pública, ou a repetição de indébito junto ao Poder Judiciário foi efetuada em sede de repercussão geral, no nº. RE 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

A atribuição de caráter interpretativo do artigo 3º da Lei Complementar nº. 118/2005, trazida pela redação do inconstitucional artigo 4º (segunda parte) da mesma Lei, trouxe ao meio jurídico a discussão acerca da aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário, confrontando contribuintes e Fisco na busca por seus direitos em face da consideração do princípio da segurança jurídica.

Ao passo em que os Tribunais de todo o país deram à Lei Complementar nº. 118/2005 a interpretação de que a redução do prazo ali estipulada era válida e aplicava-se desde a edição da lei, considerando ainda o caráter retroativo trazido pela interpretatividade de seu artigo 3º, os contribuintes consideraram ofendido o princípio da irretroatividade da norma, sendo inconstitucional o dispositivo que determinava o caráter interpretativo do artigo 3º, considerando-se o prazo prescricional aquele vigente na data da ocorrência do fato gerador.

Foi para apaziguar esse conflito que o v. Acórdão proferido pelo Pretório Excelso, em apertada síntese, considerou descaracterizado o caráter interpretativo da norma sob debate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Complementar nº. 118/2005, segunda parte, e atribuindo ao artigo 3º da mesma Lei Complementar o *status* de nova norma, ressaltando a aplicação da mesma à relevância das situações jurídicas já existentes.

A ementa do julgado considerado como norte na solução de discussões que versem sobre mesma matéria restou assim consignada:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA – NECESSIDADE DE OBSERVANCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DE PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Documento de 38 páginas, confirmado digitalmente, acesso consultado no endereço: <https://con.senac.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de acesso em 07/05/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE ADAMA de autenticação no final deste documento.

Documento nato-digital



DF CARF MF

Fl. 88

Processo nº 10830.002683/2005-33
Acórdão n.º 3402-001.615

S3-C4T2
Fl. 1.338

Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada do art. 150, §4º, 156, VII e 168, I do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implica inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata as pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção e confiança e de garantia de acesso à justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08 (sic.), que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco, impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/058, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, §3º do CPC aos recursos sobrestados.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2 200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR. Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA. Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Documento de 94 páginas, confirmado digitalmente em 08/03/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA. Consultado no endereço <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de localização UF19.0220.08594.ESM1. Consulte a página de autenticação no final deste documento.

Documento nato-digital



DF CARF MF

Fl. 90

Processo nº 10830.002683/2005-33
Acórdão n.º 3402-001.615

S3-C4T2
Fl. 1.339

Verificado que a Lei Complementar nº 118/2005 foi publicada em 09/02/2005, bem como, à constatação do fato de que a recorrente apresentou seu pedido de restituição ainda no período da *vacatio legis* da lei (até 09/06/2005), obtém-se que a decisão proferida pelo Pretório Excelso abarca com a contagem do prazo prescricional de 10 anos para o pedido de restituição apresentado em período “tempestivo”, qual seja, até a publicação da Lei Complementar já mencionada, ou ainda, se pretendida em tempo de seu prazo de vacância.

Outro trecho do referido julgado é expresso em esclarecer a situação posta à baila nestes autos:

“Estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, tem-se de reconhecer eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal resta resguardado pela proteção à confiança.”

Assim, em sendo o pedido de restituição ora analisado, datado de 08/06/2005, têm-se tempestivo o exercício do direito do contribuinte interessado em pedir a restituição de valores supostamente pagos indevidamente ou a maior, quanto a pagamentos realizados em até 10 (dez) anos anteriores ao ingresso do pedido, de modo que os períodos solicitados, referentes as competências de fevereiro de 1999 a abril de 2000, podem ser objeto desse pedido, não encontrando-se fulminados pela prescrição.

Assim sendo, **afasto a decadência** declarada na decisão recorrida, para considerar tempestivo o pleito do contribuinte nos períodos a que se referem o pedido em análise.

2. Inconstitucionalidade do alargamento das bases de cálculo das contribuições ao Pis e a Cofins promovido pelo Art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98:

Quanto à inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, igualmente assiste razão à recorrente, pois que o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, transitado em julgado em 05.09.2006, declarou a inconstitucionalidade do preceito legal, de modo a afastar da incidência das contribuições ao Pis e a Cofins, as receitas que não tiverem origem no faturamento proveniente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

Vejamos a Ementa da decisão do Pretório Excelso:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária

Documento assinado digitalmente conforme a Lei nº 11.947/2009 e a Resolução nº 10.071/2010 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).
Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR Assinado digitalmente em 20/

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA. Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

11

DF CARF MF

Fl. 91

alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada." (STF – Pleno – RE nº 390.840/MG – Ac. Por maioria – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 09.11.2005)

Tendo o STF tomado referida decisão, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendo que por ser posicionamento pacificado na Corte Suprema do país, a referida decisão passa a ser de observação obrigatória por todos os interpretes e aplicadores do direito, máxime a Administração Tributária, limitada que está pelo princípio da legalidade.

Neste sentido, o art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, prescreve que:

"Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou (...)"

Assim sendo, deve igualmente ser afastada a premissa da decisão recorrida, proferida pela DRJ, no que diz respeito à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições, passando a ter como indevidos os pagamentos feitos sob a égide do dispositivo declarado inconstitucional.

3. Análise das provas dos pagamentos indevidos ou a maior objeto do Pedido de Restituição:

A despeito de se ter por inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições ao Pis e a Cofins, cuja matéria restou pacífica no STF e de cumprimento obrigatório pelo Poder Público, a verdade é que esse posicionamento não leva, necessariamente, ao reconhecimento do direito creditório pleiteado pelo contribuinte. É necessário que haja prova de que houve pagamento indevido ou a maior para que se materialize o crédito em favor do contribuinte.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR. Assinado digitalmente em 20/0

5/2012 por NAYRA BASTOS MANATTA. Assinado digitalmente em 08/03/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Impresso em 30/05/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

DF CARF MF

Fl. 92

Processo nº 10830.002683/2005-33
Acórdão n.º 3402-001.615S3-C4T2
Fl. 1.340

No caso em análise, a DRJ, ao final do voto prolatado, ingressou na análise das provas juntadas pelo contribuinte para instrumentalizar o pedido de restituição declinado e, entendendo serem as mesmas insuficientes, deixou expresso que ainda que fossem superadas as demais questões, não assistiria o direito, *ipso facto* ao indébito tributário.

E de fato, analisando os documentos acostados pelo contribuinte aos autos, para fazer frente e comprovar o direito creditório pleiteado, constata-se que foram juntados apenas as planilhas de cálculo dos valores pleiteados, os extratos do SICALC a partir dos quais o contribuinte procedeu a atualização dos créditos que pleiteou, duas declarações de que não utilizou e não pleiteou igual direito em outro processo, e, ainda, os estatutos sociais, que vieram inclusive a ser repetidos por ocasião da apresentação da manifestação de inconformidade.

Absteve-se o contribuinte de trazer provas que corroborassem os números constantes da planilha, e, conseqüentemente, do Pedido de Restituição. Teve o contribuinte oportunidade, desde o pedido inicial, por ocasião da manifestação de inconformidade e ainda quanto do manejo do Recurso Voluntário, de trazer documentos tais como balancetes, Livros Diário, Livros Razão, DIPJ, DCTF, comprovando que seus registros contábeis coincidiam com os valores contidos na planilha de cálculo. Porém, sequer juntou cópia dos DARF ou documento equivalente, que comprovaria o pagamento cujo indébito parcial se pleiteou.

Assim, a minguada de cumprir o contribuinte o ônus que lhe cabia de comprovar os pagamentos indevidos ou a maior objeto do Pedido de Ressarcimento, mesmo afastando a prescrição e também reconhecendo a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições ao Pis e a Cofins, não cumpriu o contribuinte o ônus que lhe cabia, de comprovar efetivamente a liquidez e a certeza do crédito pleiteado.

Ante o exposto, voto no sentido de **negar provimento ao recurso**, para indeferir o Pedido de Restituição pela falta de comprovação da liquidez e certeza do crédito tributário pleiteado.

(Assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.